

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

ICAROTI DOS SANTOS JUNIOR

**ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS: UMA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A
PARTIR DO CRITÉRIO INCLUSIVO**

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

ICAROTI DOS SANTOS JUNIOR

**ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS: UMA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA A
PARTIR DO CRITÉRIO INCLUSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina DIR 5911 como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientadora: Prof.^a Doutora Luciana Faísca Nahas

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Icaroti dos Santos Junior**

RG: 5.404.959

CPF: 034.534.759-92

Matrícula: **11202674**

Título do TCC: **Adoção por casais homoafetivos: uma argumentação jurídica a partir do critério inclusivo.**

Orientadora: **Renata Raupp Gomes**

Eu, **Icaroti dos Santos Junior**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de novembro de 2015.

Icaroti dos Santos Junior

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

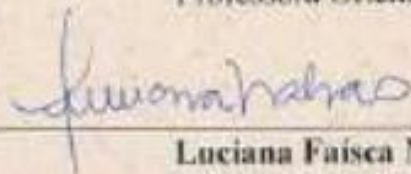
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "Adoção por casais homoafetivos: uma argumentação jurídica a partir do critério inclusivo.", elaborado pelo acadêmico **Icaroti dos Santos Junior**, defendido em 26/11/2015 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

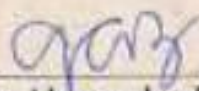
Florianópolis, 26 de novembro de 2015



Renata Raupp Gomes
Professora Orientadora



Luciana Faísca Nahas
Membro de Banca



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca

Dedico o presente trabalho à minha família.

AGRADECIMENTOS

A gratidão nasce da importância que as pessoas conquistam em nossas vidas, assim me soa muito displicente resumir tal sentimento em tão poucas orações; por mais sucinto que se torne o texto, porém, que ele seja leve e possa transmitir o carinho que sinto por cada um que aqui mencionarei. Minha história vem sendo escrita por Deus com muito carinho e zelo e a Ele sou muito grato, principalmente por me proporcionar um suporte emocional muito grande que emana da minha família e amigos.

Agradeço aos meus pais, Icaroti e Schirley, pela vida, o carinho incondicional, a atenção e todo o sacrifício feito nestes anos para eu ter uma boa formação como ser humano. À minha irmã Cristiane por influenciar minha escolha acadêmica e à minha irmã Marilza pelo exemplo de determinação profissional.

Aos pequenos, Francisco Santos Tissot, Lucca Santos Monteiro e Luiza Santos Tissot, os quais, mesmo estando no início da vida, conseguem ensinar grandes lições e mostram como nossa existência aqui na Terra pode ser doce e simples e o futuro radiante.

Aos mestres que me conduziram durante a graduação, especialmente Grazielly Alessandra Baggenstoss e Retana Raupp Gomes pelas ponderações feitas acerca deste trabalho, e, principalmente, à minha orientadora, Luciana Faísca Nahas. Obrigado pelo tempo dedicado à construção desta monografia, pelos ensinamentos, os conselhos e pelo comprometimento, elementos esses que apenas refletem a ótima profissional que és.

Aos grandes amigos pelo tempo dedicado, que fez com que nossas relações se tornassem únicas e especiais. Vocês são muito preciosos para mim, a ponto de eu não precisar questionar o porquê de sermos amigos, apenas somos: Amanda Fabrin, Ellora Patrício, Fernando de Lima Luiz, Gabriela Cechetto, José Victor Crepaldi, José Maria Nunes Junior, Leonardo Hasckel Pereira, Leonardo Vilela Steiner, Maria Eduarda Heinze, Milena Monteiro, Patrícia Cesa, Pricila Moreira, Sabrina Marcon e Thais S. Pertille.

Destaco, ainda, três mulheres cuja vivacidade e particularidades me encantam a cada dia, sendo a convivência a maior dádiva que vocês poderiam me dar:

Ariane Costa, nosso vínculo foi construído com base no respeito, dedicação e companheirismo que temos um pelo outro, o que transcende as letras de música, as mesas de bar e o próprio tempo. A você eu agradeço as manhãs no escritório modelo, as noites na faculdade e todos os momentos que passamos. Obrigado por existir na minha vida.

Bruna Weiss Filomeno, com quem cultivei uma amizade desde muito novo e tenho a mais alta estima. Compartilho diversas lembranças boas com você e espero poder colecioná-las cada vez mais. Só tenho a te agradecer, não por estar do meu lado sempre, mas sim por me falar o que eu preciso ouvir.

Jaqueline Arsie, agradeço pela lealdade e amizade que construímos na graduação. Espero que ela possa se estender por muitos anos, afinal tenho em você uma pessoa amável e querida, com quem ainda pretendo viver muitas histórias boas. Obrigado por partilhar a experiência de desenvolver a monografia e todos os sentimentos que ela traz. Você é meu ia-ia meu io-iô.

Daqui para frente, caros amigos, o ritmo será diferente, estaremos correndo cada um atrás de seu sonho, o que poderá levar-nos para cada vez mais longe, e tenho certeza que os anos não afetarão nossas relações, nos encontraremos, aliás, como se o mesmo nunca tivesse passado.

Obrigado por tudo, de coração.

Não há leis, meu filho, que possam impedir ou regular o amor entre duas pessoas.

– Icaroti dos Santos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o ordenamento brasileiro atual para averiguar a possibilidade de pessoas do mesmo sexo, conjuntamente, adotarem uma criança ou adolescente. Para tanto, propõe-se a análise histórica e legislativa da família e da adoção, construindo, assim, os pilares teóricos que possibilitaram a discussão sobre a adoção homoafetiva. O método empregado é o dedutivo e o procedimento o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico, conjuntamente com a análise legislativa e jurisprudencial.

No primeiro capítulo far-se-á uma abordagem cronológica da família e as mudanças que a mesma sofreu ao longo dos anos, passando de uma entidade fechada com fins exclusivamente religiosos para um arranjo heterogêneo comprometido com a felicidade de seus integrantes. Houve significativas mudanças nos papéis desempenhados por seus personagens, o homem teve seu poder compartilhado com a mulher, que por sua vez ganhou maior autonomia, e os filhos, independentemente se biológicos ou de adoção, foram reconhecidos como sujeitos de direitos.

Na mesma medida, o segundo capítulo avaliará a evolução histórica e legislativa da adoção no ordenamento pátrio, a qual conferiu à criança e ao adolescente destaque neste procedimento para que assuma seu devido lugar como pessoa de direitos.

Por fim, tendo em vista a amplitude conferida ao conceito de família, muito se discute sobre o modelo homoafetivo e a legitimidade desta unidade familiar para adotar uma criança ou adolescente. Claramente que, baseado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, bem como com o auxílio da psicologia e das ciências sociais, não se vê óbice jurídico para que ocorra a adoção.

Palavras-chave: Família. Família homoafetiva. Homossexualidade. Adoção. Adoção Homoafetiva. Possibilidade Jurídica. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the Brazilian law to investigate the possibility of same-sex couples adopt a child or adolescent. It proposes an historical and legislative analysis of family and adoption, building thus the theoretical pillars that enabled the discussion of homosexual adoption. The method used is the deductive and the monographic procedure being used as search criteria, together with the legislative and jurisprudential analysis.

In the first chapter there will be a chronological approach to the family and the changes that it has undergone over the years, from a private entity with exclusively religious purposes for a heterogeneous array committed to the happiness of its members. There were significant changes in the roles played by its characters, the man had shared his powers with the woman, who in turn gained greater autonomy, and the children, whether biological or adopted, were recognized as subjects of rights.

The second chapter will evaluate the historical and legislative developments in the adoption law, which gave the children and adolescents featured in this procedure to assume its rightful place as a person of rights.

Finally, the amplitude given to the concept of family is much discussion about the homoafetivo model and the legitimacy of this family unit to adopt a child or adolescent. Clearly, based on the constitutional principles of human dignity and best interests of the child and with the help of psychology and the social sciences, does not see legal impediment to occur adoption.

Keywords: Family. Homosexual family. Homosexuality. Adoption. Homosexual adoption. Legal Ability. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. FAMÍLIA	15
1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA: DE ROMA AO DIREITO CANÔNICO	16
1.2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA NACIONAL	20
1.3 HIERARQUIA DAS NORMAS: A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	25
1.4 O DIREITO A IDENTIDADE SEXUAL COMO PRINCÍPIO DERIVADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ISONOMIA ENTRE CASAIS HETEROAFETIVOS E HOMOAFETIVOS	29
2. ADOÇÃO	34
2.1 A ORIGEM DA ADOÇÃO.....	35
2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	37
2.2.1 Código de Menores – Lei nº 6.697/79.....	41
2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90	43
2.2.3 O Código Civil de 2002.....	44
2.3 O SISTEMA DE ADOÇÃO ATUAL	46
2.3.1 Adotantes.....	48
2.3.2 Adotados	50
2.3.3 Importância da Adoção.....	52
3. ADOÇÃO HOMOAFETIVA	55
3.1 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS	55
3.1.1 Homossexualidade	56
3.1.2 A Família Homoafetiva	58
3.2 LOVE WINS: A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA A FAVOR DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	63
3.3 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	67
3.3.1 Adoção por Casais Homoafetivos: Um Breve Estudo de Caso	71
3.3.2 A Diretriz Inclusiva do Ordenamento Brasileiro	74
CONCLUSÃO.....	76
OBRAS CITADAS	78

INTRODUÇÃO

Fundamentais são o carinho, o afeto e o amor para o desenvolvimento dos seres humanos, os quais tem como base de formação a família e os laços de amor que constroem diariamente com cada um dos seus integrantes. O Direito das Famílias, não faz muito tempo, adentrou no terreno da afetividade, o que possibilitou a legitimação de várias outras estruturas familiares, como a homoafetiva.

A discussão a respeito da família homoafetiva é de suma importância para a conscientização social de que um casal homoafetivo também goza dos mesmos direitos que um casal heteroafetivo, pois o vínculo que os une tem a mesma essência. No meio de todo esse processo de aceitação social e legitimação há um prejudicado maior: a criança, que é privada de ter uma família amorosa que lhe de condições de uma vida melhor.

Destarte, tendo por base os princípios da igualdade, do melhor interesse da criança, da proteção estatal às famílias e outros tantos recepcionados pelo ordenamento pátrio, cada vez mais acalantado pelo afeto, que se vê a importância deste estudo. Não é o preconceito, é o amor que deve ser disseminado na sociedade.

Os objetivos da presente pesquisa, então, são o de analisar o ordenamento pátrio atual para averiguar a possibilidade de pessoas do mesmo sexo, conjuntamente, adotarem uma criança ou adolescente. Para tanto, propõe-se a análise histórica e legislativa da família e da adoção, construindo, assim, os pilares teóricos que possibilitaram a discussão sobre a adoção homoafetiva.

O método empregado é o dedutivo e o procedimento o monográfico, sendo utilizado como critério de pesquisa o bibliográfico, conjuntamente com a análise legislativa e jurisprudencial.

No primeiro capítulo serão explorados os institutos do Direito Romano, pois a religião era predileta em detrimento das necessidades individuais dos membros da família. Todas as decisões eram feitas em prol do coletivo e suas funções orbitavam ao redor da figura masculina. Com a queda do Império Romano houve a absorção do Direito de Família pela Igreja Católica, a qual passou a regular o matrimônio, sendo tal situação alterada apenas com o advento do Código Civil de Napoleão.

É nítido que nos foi herdado o caráter religioso no que toca a família; após o arranjo familiar, porém, tão rígido e patriarcal foi se flexibilizando e dando lugar a um modelo

eudemonista, onde os interesses e a felicidade dos indivíduos que constituem as famílias ganhou posição de destaque como objeto de estudo deste ramo do Direito.

No segundo capítulo serão abordadas as transformações da condição de filho e do processo de adoção nacional, o qual, hodiernamente, prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente, tratando, inclusive, os adotados com isonomia em relação aos filhos biológicos do adotante.

A adoção é um instituto de suma importância por propiciar as crianças e adolescentes institucionalizados condições de crescer em um ambiente familiar afetivo, sendo este elo autônomo com relação ao vínculo biológico e verdadeiro garantidor da posse do estado de filho, condição fundamental para a fortificação da filiação, paternidade e maternidade.

No terceiro capítulo, será analisado o modelo familiar homoafetivo, bem como a possibilidade jurídica da adoção por casais de homossexuais, trazendo por base elementos jurídicos nacionais e internacionais para fomentar a argumentação de que a família composta por dois pais ou duas mães é ambiente propício para o desenvolvimento do ser humano.

A discussão sobre a formação da família sempre será um tema atual e relevante, dada a complexidade com que os seres humanos estabelecem vínculos afetivos entre si, sendo fundamental também o estudo e a construção jurídica que vise a inclusão do homossexual na sociedade e garanta direitos inerentes a qualquer ser humano, como, por exemplo, o de paternidade e maternidade.

1. FAMÍLIA

Neste capítulo será abordada a importância da família para a civilização romana, bem como a sua modificação com o advento da Igreja católica e a herança deixada por estes institutos ao ordenamento pátrio, a qual, até as primeiras redações do Código Civil brasileiro de 2002 e da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi muito marcante.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 o Direito das Famílias apresentava diversas normas de direito público, cabendo ao Estado zelar pela preservação do grupo como um todo. Contemporaneamente, com a evolução do comportamento familiar não mais se admite a fixação de padrões rigidamente impostos, “em que o modelo único de família, fundado na desigualdade e sustentado pelo patriarcado [...]” seja o único a ser seguido (GIRARDI, 2005).

Gradativamente as normas de direito público foram reduzidas, apesar de ainda existirem, o que gerou a inversão do bem juridicamente tutelado por este ramo do Direito, primando muito mais pela essência do que pela forma.

O sujeito é o que importa e não o seu objeto, ou seja, a forma de constituição da família pode até variar, de acordo com o tempo e o espaço em que ela se encontra, mas em seu âmago estará sempre o núcleo estruturante da pessoa e *locus* para o desenvolvimento da personalidade e o direito a ser humano (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 29).

A família é o fundamento essencial à estruturação da sociedade, sendo admitida, hoje em dia, sua pluralidade como meio cultural e afetivo, necessários para o desenvolvimento do ser humano. “Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da *felicidade* [...]” (Id., 2014, p. 34).

O texto constitucional atual foi revolucionário ao aceitar a configuração do modelo familiar conforme o modelo eudemonista. Para tanto, segundo Rolf Madaleno, foram adotados três eixos: “a) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); b) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e c) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.” (2011, p. 4).

É importante lembrar que até chegar ao patamar atual o Direito das Famílias percorreu longo caminho, sendo a constitucionalização do Direito e o advento do Código Civil de 2002, dois grandes marcos para tanto. Tendo em vista esse processo, faz-se necessária a análise histórica do Direito das Famílias desde a sua origem romana até os cânones para melhor compreender os valores herdados pelo ordenamento pátrio e subsequentemente a evolução deste.

1.1 O DIREITO DE FAMÍLIA: DE ROMA AO DIREITO CANÔNICO

Em Roma, a família cresceu entrelaçada com a religião da época, que honrava seus ancestrais e estava diretamente ligada com a sobrevivência daquele grupo. Cada entidade familiar mantinha um altar em sua casa para o oferecimento de orações ao fogo doméstico, cuja manutenção era diária, pois “só cessaria de brilhar sobre o altar quando toda a família tivesse perecido; fogo extinto e família extinta eram expressões sinônimas entre os antigos.” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 26).

A família era composta pelo *pater*, a sua esposa, os seus filhos, que poderiam ser ligados pelo sangue ou pela religião, o patrimônio e os escravos. A personalidade jurídica e a possibilidade de contrair direitos e obrigações só eram conferidas para aqueles que possuíam o estado familiar juntamente com o estado de cidadania e liberdade (VENOSA, 2003, p. 32; WALD, 2000, p. 3).

O pai, dentre as diversas funções desempenhadas dentro do grupo familiar, se destaca pelo seu trabalho como sacerdote, sendo ele

[...] o primeiro junto ao fogo doméstico. Ele o acende e o conserva; é ele o pontífice. Em todos os atos religiosos a função mais elevada é desempenhada pelo pai; é ele que degola a vítima; é sua boca que pronuncia a fórmula de oração que deve atrair sobre si e os seus a proteção dos deuses (Id., 2009, p. 73).

O culto era transmitido por gerações e exercido apenas pela figura masculina, sendo a mulher apenas espectadora do ritual desempenhado por seu pai ou seu marido, caso fosse casada sob o regime de *manus*. A integração de novos membros à família se dava de uma forma extremamente rígida e solene, haja vista que o recém-chegado assimilaria a cultura e respeitaria o deus do seu novo lar (Id, 2009, p. 41; MADALENO, p. 457; PEREIRA, 1989).

Não fugindo a regra da época, o matrimônio romano era extremamente rigoroso e visto como uma verdadeira “transferência de propriedade” da mulher de uma família para

outra, tendo início com a coabitação dos cônjuges. A cerimônia com *manus* era mais solene e consistia em três etapas: um ritual diante do fogo paterno, o transporte da mulher (simulando um sequestro) até a casa de seu cônjuge, e o rito diante do fogo doméstico do marido. Caso a cerimônia fosse realizada sem *manus* a mulher continuaria sob a regência da religião paterna (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 44; MAGALHÃES, 2003, p. 11).

Essa mulher, subalterna a autoridade marital, era destituída de personalidade jurídica ou capacidade civil, vivendo sob condições de inferioridade. Destaca Pereira:

Em Roma – [...] – a mulher casada estava submetida à autoridade do marido (**pater**) ou sob a **manus** do seu pai quando solteira e assim era tratada, porque se lhe atribuía uma pretensa inferioridade, que decorria de sua incapacidade para os chamados *officios viris*, inabilitação essa que Ulpiano, no **Digesto**, definia como **propter sexus imbecilitatem infirmitas feminarum** (1989, p. 46/47).

O processo de coisificação é ainda mais aparente ao ler o texto das XII Tábuas, cujo sexto dispositivo determina a usucapião da mulher caso ela resida “*durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa*” passando a ser, então, “*adquirida por esse homem e cai sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites.*” (Id., 2003, p. 9).

O casamento era permeado pelo *affectio* entre homem e mulher, apesar deste não ser o cerne do instituto, como já visto. A falta de uma vida conjunta, bem como a extinção do afeto, poderia por a união a termo. Assim, “o casamento não era indissolúvel, porém revestia-se de um caráter de perpetuidade intencional, no sentido de que a união deveria ser duradoura: *consortium omnis vitae*. O regime de bens era variável, conforme se tratasse de casamento *in manu* ou *sine manu*.” (Id., 2003, p. 11).

Assevera, porém, Fustel de Coulanges que a dissolução do casamento religioso era extremamente árdua, afinal, a função religiosa estava acima dos vínculos afetivos e “para esta ruptura, uma nova cerimônia sagrada se fazia necessária, pois somente a religião podia desligar aquilo que a religião havia ligado.” (2009, p. 45).

Quanto ao parentesco, este era dividido entre a agnação e a cognação, sendo que o primeiro vinculava as pessoas que participavam do mesmo culto religioso, durante a época das XII Tábuas, de modo que o descendente emancipado desconectava-se do culto e deixava de ser agnado de seu pai “e, por sua vez, um estranho adotado e admitido ao culto, se tornava agnado do adotante, o que demonstrava que somente a religião determinava o parentesco e somente o *agnatio* conferia direitos à herança.” (MADALENO, 2013, p.457).

Na concepção dessas gerações antigas, a mulher não transmitia nem a existência nem o culto. O filho pertencia totalmente ao pai. Ademais, não se podia pertencer a

duas famílias, invocar dois fogos domésticos; a única família tida pelo filho era a do pai. Como ter uma família materna? Sua própria mãe, no dia em que os ritos sagrados do casamento foram celebrados, havia renunciado de uma maneira absoluta à sua própria família [...]. Ela não conserva nem o vínculo religioso nem o vínculo de direito com a família no seio da qual havia nascido. Com mais razão, não tinha seu filho nada de comum com essa família (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 51).

Com o tempo, constata-se a predileção pelos laços de sangue sobre os vínculos religiosos sucessivamente se reconhecendo os direitos inerentes ao parentesco pelo nascimento. A “cognação era o parentesco pelo sangue que existia entre as pessoas que não deveriam necessariamente ser agnadas uma na outra.”, ou seja, por exemplo, uma mulher casada sob o regime de *manus*, era agnada pelo culto à família de seu marido, mas permanecia cognada aos seus pais e irmãos pelo sangue (Id, 2009, p. 53; WALD, 2000, p. 10).

Gradativamente, a autoridade paterna foi enfraquecendo e os outros membros da família puderam conquistar a sua autonomia e encontrar seu lugar no grupo. Os filhos não mais eram tratados como moeda de troca e assumiram as rédeas de sua vida, enquanto que a mulher adquiriu o direito de representar o *pater* quando o mesmo se ausentasse, bem como o de herdar o patrimônio dele na falta de irmãos consanguíneos e descendentes (Id., 2000).

Quanto ao matrimônio, o mesmo também sofreu mudanças, pois o feito com *manus* cedeu lugar para sua forma menos solene; a mulher, todavia, não deixa o manto da autoridade masculina. Apenas no período da República romana tal tutela é extinta para as mães com três ou mais filhos, porque passam a observar sua independência para a prática de qualquer ato jurídico (Id., 2000).

O casamento e a família seguiram as tradições romanas até o advento da Igreja Católica, por volta de 50 d.C., a qual, em um primeiro momento, tolerou a união romana e seus rituais apenas pela presença do afeto e vontade dos nubentes, elemento este importante também para o direito canônico. A grande troca de paradigmas, destaca-se, decorreu da divisão do Império Romano em ocidental e oriental, de maneira que este foi o último a ruir.

O poder em Roma dividia-se entre o Imperador e o Papa, sendo à época fortíssima a influência cristã, que, por volta do século XI d.C., deu início ao processo de canonização do casamento, “quando a Igreja começou a chamar para si a competência exclusiva para regulamentar toda matéria matrimonial.” (MAGALHÃES, 2003, p. 12).

O mesmo, então, foi sacramentado para que o homem, ao se casar, pudesse alcançar a “graça necessária para auxiliar a afastar a concupiscência, conservando-se dentro do amor” e unindo-se com a mulher, tornando-se dois em uma só carne (Santiago Dantas *apud* BRITO, 2000, p. 22).

Em 1563 o Concílio de Trento regulou definitivamente toda a matéria matrimonial. Determinou a intervenção obrigatória do sacerdote na celebração do casamento, estabeleceu o rito matrimonial a ser observado, consignando que depois de três publicações durante a missa, os nubentes deveriam comparecer perante o sacerdote, na presença de três testemunhas, que os uniria em matrimônio (MAGALHÃES, 2003, p. 3).

A partir de então, são elementos de validade constitutivos do casamento: (i) o consenso entre os nubentes, ficando em segundo plano, para o catolicismo, o consentimento dos pais, (ii) e a relação sexual entre o casal, sendo que a sua não realização importava na possibilidade de dissolução em casos excepcionais. Além disso, o direito canônico elaborou um rol de impedimentos para o casamento incorporando situações fundadas na “incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamentos anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade).” (WALD, 2000, p. 14).

Dado sua natureza indissolúvel, nem mesmo a ausência do cônjuge ou o adultério poderiam dissolver o vínculo matrimonial, foi, então, necessário criar uma teoria de nulidade e regulamentação da separação de corpos e patrimônio, sem dissolver o vínculo constituído entre o casal. Após a promulgação dessas teorias, nos ensinamentos de Wald, tem-se que a separação de corpos condicionou-se a autorização do bispo ou do sínodo e só seria admitida em situações específicas, como “o adultério, a heresia, as tentativas de homicídio ou as sevícias de um cônjuge em relação ao outro. Só numa fase posterior da história [...] é que se admite a separação no caso de acordo entre os cônjuges.” (2000, p. 15).

Destarte, é criada a possibilidade de se findar o casamento sem extinguir o seu vínculo, ou seja, não há mais o dever de coabitação; persistindo, todavia, o dever de fornecer alimentos e fidelidade mútua. Já no final da Idade Média o Estado passa a oferecer grande resistência à Igreja, “tanto que o Código Civil Francês voltou a estabelecer o princípio da natureza civil e não religiosa do casamento.” (Id., 2003, p. 13).

Pelo já exposto é perceptível a sólida base religiosa da família e o quanto isso foi herdado ao longo dos séculos, até mesmo pelo Brasil, cujas primeiras leis também possuíam forte influência religiosa e restringiam a formação da família ao sistema fechado do modelo nuclear.

1.2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA NACIONAL

Portugal, ainda no Século XV, incorporava muitos dos costumes oriundos do Direito romano e canônico, por conseguinte a sociedade brasileira acaba sendo moldada por essas referências. As Ordenações Filipinas regularam grande parte da vida dos particulares, da mesma forma que suas antecessoras, sendo que “esses mesmos aspectos migraram para os códigos que vigoraram no Brasil posteriormente, ou transformaram-se em conhecimento difuso, reproduzido pela força dos costumes [...]” (SOUZA, BRITO e BARP, 2009, p. 66).

Não fugiu a regra o Código Civil de 1916, o qual foi feito com base em princípios patriarcais, mantendo o casamento com características meramente patrimoniais. Vigora a ideia de que era o Estado o responsável por fixar as balizas da construção da família, uma vez que ele era composto pelas mesmas, sendo corriqueiro o interesse público estar a serviço ao interesse familiar (LÔBO, 2011, p. 41/42; WALD, 2000, p. 21).

Os particulares eram limitados a seguir as normas legais de natureza pública que definiam os deveres e direitos inerentes à família e imperativas à todos os seus membros. Aos cônjuges, por exemplo, eram estabelecidas certas recomendações morais para a sua melhor convivência, sendo elas: a fidelidade recíproca, a coabitação, o dever de mútua assistência e sustento e guarda dos filhos. Destaca Monteiro que o Direito de família, nesta época, é afim do direito público, mantendo com este um compromisso, pois onde há núcleos familiares sadios há também um povo próspero (1976, p. 4 e 98/99).

O matrimônio mantém sua indissolubilidade e tinha como finalidade a procriação, a educação dos filhos e a prestação de mútuo auxílio entre os cônjuges, partindo da concepção individualista, trazida por Kant, e da supra-individualista, formulada por Santo Agostinho, onde a primeira corresponde à mútua posse das faculdades sexuais dos cônjuges e a segunda à finalidade de procriação (1976, p. 11).

O casamento era o grande fator responsável pela legitimação familiar, afinal aqueles que compunham uma sociedade de fato estariam sujeitos ao rompimento a qualquer tempo, o que, na época, demonstrava uma estruturação frágil que iria de encontro com a ideia de uma sociedade comporta por famílias fortes (MONTEIRO, 1976, p. 98/99).

Tendo em vista a indissolubilidade do elo matrimonial, eram apenas três as opções para extingui-lo: (a) a morte de um dos cônjuges, sendo que se o sobrevivente fosse do sexo feminino a recomendação era viuvez perpétua ou que esperasse, no mínimo, 10 meses para contrair novas núpcias, (b) a sentença que o considere nulo e (c) o desquite (Id., 1976, p. 176).

O desquite, desconhecido do direito romano, tem sido introduzido pelo direito canônico (*separatio quoad thorum et quoad habitationem*), põe ponto final à vida em comum, extingue a comunhão e separa os cônjuges, mas conserva intacto o vínculo, de maneira que lícito não será a qualquer deles, embora desquitado, contrair novas núpcias. Como bem observa VENZI, o desquite representa um abrandamento ao princípio da indissolubilidade, mas não implica desintegração do vínculo (MONTEIRO, 1976, p. 177).

O desquite, ainda, só poderia ser proposto caso houvesse adultério, tentativa de morte, maus tratos, injúria grave e abandono de lar por mais de dois anos. Ainda é muito forte a ideia de culpa, onde cada cônjuge atribuía ao antigo parceiro o fracasso de sua união (Id., 1976, p. 180).

Nesta época, a atual união estável era rechaçada pelo ordenamento sendo tratada, na maioria das vezes, com preconceito e associada ao adultério. Estes relacionamentos eram chamados de concubinato e representavam grande tormento para aqueles que o viviam. O rompimento da relação, por exemplo, era indenizado por conta dos serviços sexuais prestados ou serviços domésticos realizados, o que não era uma situação melhor para a figura feminina (GAGLIANO e FILHO, 2011, p. 406; TALAVERA, 2004, p. 34).

Nessa realidade, apenas era admitido a formação do modelo nuclear de família, ou seja, um homem, uma mulher e seus filhos “naturais”. O pai conservou sua posição de chefe da família e a mulher seu papel submisso à vontade do marido, tendo tal distinção de gênero amparo legal. Esclarece Girardi que o Código Civil de 1916 pregava a relativização da capacidade feminina com o advento do matrimônio, em outras palavras, a mulher perdia as “condições de gerir-se pessoal e patrimonialmente, sendo conferida e outorgada ao marido, mediante essa ficção legal de incapacidade, a gerência e administração tanto de si própria como dos bens que tivesse ou viesse a ter na constância do casamento.” (2005, p. 27/28).

Interessante analisar, porém, que hialinas distinções de gênero entre homens e mulheres restavam cobertas sob um véu tão denso que a sociedade de antigamente, e em alguns casos a de hoje em dia, não conseguia observar o próprio preconceito. Preceituava o artigo 233 que o marido, por conta do *sexo* e da *profissão*, estaria em melhores condições de chefiar e conduzir a família para um melhor desenvolvimento, cabendo-lhe a escolha do domicílio familiar, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, entre outras funções (Id., 1976, p. 107/109).

Quanto à mulher, quando casada, nas primeiras redações do Código, estava incluída no rol dos relativamente incapazes do artigo 6º, juntamente com os pródigos e os silvícolas:

Não podia a mesma exercer profissão e residir fora do lar, a menos que obtivesse prévia autorização do consorte (art. 233, nº IV); nem exercer tutela, curatela ou outro *munus* público (art. 242, nº V), nem ainda aceitar mandato (art. 242, nº IX, combinado com o art. 1.299). Perdia ela, outrossim, o pátrio poder sobre os filhos do primeiro leito se convolasse a segunda núpcia (art. 393) (MONTEIRO, 1976, p. 118).

A única situação que lhe permitia reassumir sua capacidade era quando o marido fosse impossibilitado de exercer a chefia da sociedade conjugal, seja por ausência, prisão ou doença mental, ressalvando a intervenção de curador ou representante do Ministério Público durante o processo (Id., 1976, p. 126).

Sob essa ótica, percebe-se que a codificação da família era algo estático, fechado e hierarquizado sem levar em consideração o desenvolvimento pessoal de cada um de seus membros. O casamento nada mais é do que um instrumento para perpetuar relações políticas, o nome e o patrimônio transmitido entre gerações (GIRARDI, 2005, p. 28).

A mulher e os filhos, no modelo clássico, encontram-se em posição hierarquicamente inferior. Edificada sobre os alicerces da crença em uma “natural” condição de superioridade masculina por razões de autoridade e força física, a história reservou um espaço de inferioridade à mulher. A ela se reserva o ambiente privado, devido a sua fragilidade, sua vocação para as necessidades domésticas e os cuidados com os filhos. A organização familiar de então cria o estereótipo do pai provedor e da mãe dona-de-casa [...] (MATOS, 2004, p. 9).

A disparidade de direitos entre os cônjuges foi amenizada com a promulgação da Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962, mais conhecida como o estatuto da mulher casada. A partir daí, por exemplo, a esposa, em harmonia com o marido, passou a exercer o poder familiar sobre os filhos e em caso de divergência lhe foi reservado o direito de recorrer à justiça para solucionar o conflito. Ela também adquiriu autonomia sob os bens frutos do seu trabalho, sendo livre para dispô-los do jeito que bem entender. Essas inovações, apesar de serem de grande valia, são encaradas pelos doutrinadores da época como uma concessão plena de todas as conquistas que uma mulher poderia aspirar, o que, hodiernamente, é um verdadeiro absurdo (PEREIRA, 1989, p. 55/56).

Elucida Pereira (Ibid., p. 57), que foi nesta “situação de igualdade, quase absoluta” que se recebeu a Constituição de 1988; em contraponto, porém, Girardi atribui as modificações da família, e do papel feminino dentro dela, à:

[...] industrialização e a consequente urbanização, mais tarde com a liberação sexual e a forte e progressiva participação da mulher no mercado de trabalho, a família patrilínea, matrimonializada, e com numerosa prole a servir de força de trabalho, vai perdendo espaço para outras formas e arranjos familiares, as quais encontram, na

Constituição de 1988, a consagração legal do reconhecimento não mais de um modelo único de família funcionalizada, mas sim de várias formas e vinculações afetivas que podem ser entendidas juridicamente como novos conceitos de família (2005, p. 30).

A Constituição de 1988, apesar de representar uma grande modificação para o Direito das Famílias como um todo, sofreu grande oposição no que tange suas inovações. Pereira foi um dos doutrinadores a apresentar resistência, por exemplo, a descentralização da chefia do grupo familiar, chegando a defender a manutenção de uma autoridade diretiva unificada nas mãos do homem, por uma questão de tradição e evitar conflitos no lar (1989, p. 58).

Felizmente, a carta constitucional de 88 logrou êxito em afastar anos de preconceito do âmbito familiar. Dentre as inovações, destaca Maria Berenice Dias, a igualdade entre os gêneros, entre os filhos, a ampliação do conceito de família para abarcar o modelo monoparental e o homoafetivo, por exemplo, a igual proteção a famílias constituídas pelo casamento ou união estável e a possibilidade de dissolver o matrimônio (2011, p. 30/31).

O planejamento familiar passou para a esfera de competência privativa do casal, restando ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. “A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas (cf. Lei 9.263, de 12.1.96).” (SILVA, 2012, p. 859).

Sendo assim, cabe a todos os órgãos, instituições e categorias sociais trabalhar e aplicar recursos na efetivação da norma constitucional, para que assim mitigue a miséria que assola grande parte das famílias brasileiras (GONÇALVES, 2007, p. 17).

Não há mais um controle estatal com relação à formação do grupo familiar, esse passou a buscar a realização da felicidade pessoal de cada um de seus membros do que meramente servir como fator impulsionador de uma sociedade fortemente consolidada. As relações familiares passam a se tornar cada vez mais complexas e plurais, sendo o ponto de viragem que possibilitou a inserção das famílias no campo do Direito Privado elucidado por Girardi:

É curioso que a partir do momento que a mulher, antes relegada ao anonimato social e ao papel de coadjuvante familiar, obteve controle sob o seu ventre com o uso do anticoncepcional, pôde fitar um novo horizonte e gerar uma nova trajetória para si e para os que a cercam. Ingressou no mercado de trabalho e, obtendo relativa igualdade financeira no meio público, trouxe para a vida privada a igualdade entre os cônjuges e, juntamente com o homem, que também sofreu influxos de toda ordem pôde vislumbrar a geração de filhos e a perpetuação de sua linhagem mais como um direito do que como um dever (2005, p. 32).

As mudanças sociais posteriores à Constituição Federal de 88, conjuntamente com as inovações trazidas por esta, culminaram na aprovação do Código Civil de 2002 clamando por uma paternidade responsável “[...] onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica [...], prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar [...]”. É evidente a compreensão do direito das famílias dentro do âmbito afetivo (GONÇALVES, 2007, p. 18).

Era gritante a dissonância entre o código antigo e os novos padrões estabelecidos pela carta política; o novo *codex*, porém, foi alvo de severas críticas, principalmente pelo fato de ter sido resgatado de um projeto datado da década de 70 (GAGLIANO e FILHO, 2011, p. 65/66).

Maria Berenice Dias é uma das que fazem apontamentos ao diploma legal, pois seu nascimento é anterior, inclusive a Lei do Divórcio. Sendo assim:

Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto necessitou sofrer modificações profundas para adequar-se às diretrizes ditadas pela Constituição. Dai o sem-número de remendos feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, certas regras de direito material preexistentes. Assim, o “novo” Código, embora bem-vindo, chegou velho (2011, p. 31).

Apesar disso, a mudança era necessária.

Frisa-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta entre os cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a eles inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômicas em que se encontrarem os interessados; das obrigações imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, de contribuírem, na proporção de seus recursos, para a manutenção dos filhos etc (Id., 2007, p. 19).

A partir deste momento começa a desconstrução dos papéis atrelados ao homem, à mulher e às crianças, juntamente com a adequação do ordenamento ao texto constitucional, o qual, consoante o exposto a seguir, é a espinha dorsal de todo o arcabouço jurídico brasileiro.

1.3 HIERARQUIA DAS NORMAS: A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

A Constituição de um país é a sua lei maior, porquanto organiza elementos fundamentais para a sua formação através de um sistema normativo (escrito ou consuetudinário), que molda o Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento dos seus órgãos, os limites de atuação estatal, os direitos fundamentais do homem e da mulher e suas garantias (SILVA, 2012, p. 40).

Neste sentido, para a melhor compreensão do sistema jurídico, lança-se mão das técnicas hermenêuticas de interpretação, as quais possibilitam a extração da essência da norma e adequação do seu entendimento com relação a todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Paulo Bonavides:

A ideia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. Ora, a Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos e ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível (2015, p. 132).

Destarte, a adequação do entendimento da norma infraconstitucional consoante o texto da carta magna já se consagra quanto método autônomo na hermenêutica contemporânea, sendo considerado, inclusive, como princípio de interpretação legal e método de controle de constitucionalidade, o que garante a harmonia do arcabouço jurídico.

Deriva outrossim do emprego de tal método a consideração de que não se deve interpretar uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo leva-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor (BONAVIDES, 2015, p. 530/531).

Quanto à hegemonia da Constituição Federal, esta é garantida pela sua rigidez, “disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato de poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.” (Id., 2015, p. 303).

Ainda com Bonavides, esclarece-se que a competência do Legislativo é oriunda diretamente da constituição, não podendo, assim, “[...] introduzir no sistema jurídico leis

contrárias às disposições constitucionais: essas leis se reputam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida.” (2015, p. 304).

O princípio da Supremacia constitucional é consequência direta da inflexibilidade de seu texto, o que confere à carta magna lugar de destaque em todo o arranjo normativo. Explica José Afonso da Silva:

[...] a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação desde a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (2012, p. 47).

Kelsen, em sua *teoria pura do direito*, explica que uma norma pode determinar o processo de criação, bem como o conteúdo expresso por outra a produzir, assim “[...] uma norma somente é válida porque na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é pela maneira determinada por outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.” (2012, p. 246).

Ensina o supracitado autor que o ordenamento não apresenta uma ordem horizontal, mas sim uma construção escalonada com diferentes níveis de normas jurídicas. “A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoia sobre essa outra norma [...]; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta.” (KELSEN, 2012).

Não cabe ao presente trabalho filosofar acerca da natureza na norma fundamental, mas sim evidenciar, através da teoria pura do direito, que existe uma hierarquia normativa e que em última instância está a Constituição. Sobre isso, explica:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais (Id., 2012, p. 247).

A Carta magna é composta de normas, as quais se dividem em regras e princípios, que por sua vez se diferenciam pelo grau de abstração – tendo os princípios maior grau de abstração para maior incidência –, pela aplicabilidade, uma vez que os princípios precisam de uma medição aplicadora, enquanto que as regras tem ação imediata e, por último, a fundamentalidade, porque “os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento

devido à sua posição hierárquica ou importância estruturante, ou à proximidade da idéia [sic] de direito ou justiça, ou ainda, à natureza normogenética dos princípios, como fundamento das regras.” (CANOTILHO, 1995).

Os princípios fundamentais, mesmo implícitos no texto constitucional, progressivamente, são inseridos na consciência jurídica para a melhor interpretação, integração e conhecimento do sistema legal. Neste norte, ainda, explica José Afonso da Silva que:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional (2012, p. 48).

O constitucionalista alemão Robert Alexy entende que os princípios devem ter como balizas as condições jurídicas e fáticas do caso concreto para garantir a sua aplicação na maior medida possível. Ocorrendo um choque entre princípios o autor sustenta que deve haver uma ponderação entre eles, sendo essa uma de suas grandes características, porquanto quando há um conflito de regras uma sempre anulará a outra, já naqueles um afastará o outro, porém, não o extinguirá (*apud* RIOS, 2002, p. 64 e 65).

Os princípios constitucionais nascem consoantes às necessidades da sociedade em determinado segmento histórico. Sendo assim, a divisão feita por alguns constitucionalistas, como por exemplo, Paulo Bonavides, é pautada no critério cronológico e os dividem em gerações ou dimensões. Destaca ainda, Diógenes Junior que:

[...] parte doutrina tem evitado o termo “geração”, trocando-o por “dimensão”. Isso porque a idéia [sic] de “geração” está diretamente ligada à de sucessão, substituição, enquanto que os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros. A distinção entre gerações serve apenas para situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. A divisão das dimensões pode ser facilmente realizada, com base no lema da revolução francesa: liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão) (2012).

Hodiernamente, há de se falar, também, apesar da divergência doutrinária, em direitos fundamentais de quarta e quinta dimensão, sendo eles referentes a direitos de globalização (democracia, informação e pluralismo) e o direito a Paz, respectivamente. No presente estudo, para dar fundamento aos tópicos subsequentes, serão mais bem exploradas as duas primeiras dimensões de direitos fundamentais – liberdade e igualdade.

Profeticamente, o lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – foi o que deu nome às três primeiras dimensões de direitos fundamentais, as quais traduzem um processo cumulativo e equitativo, tendo como objetivo “[...] a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século VIII” (BONAVIDES, 2015, p. 577).

Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente (Id., 2015, p. 577).

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, segundo Paulo Bonavides, “[...] já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.” São eles verdadeira resistência do indivíduo à ação do Estado, separando os esses dois elementos e evidenciando o caráter antiestatal dos direitos de liberdade (2015, p. 578).

Mais a frente, conclui o autor que esta geração valora em primeiro lugar “o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.” (Id., 2015, p. 578).

Os direitos de segunda geração já abrangem o campo do social, cultural e econômico e exigem do Estado prestações certas, fazendo com que “eles sejam remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.” (Id., 2015, p.579).

Em outras palavras, são esses direitos que conferem ao particular a igualdade formal entre os seres humanos, exigindo do Estado a prestação de políticas públicas. George Marmelstein traça um paralelo entre essas duas dimensões de direitos fundamentais e conclui:

[...] os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (LIMA, 2014).

Ambas as dimensões trabalhadas são de suma importância para tratar a sexualidade humana como elemento integrante da esfera subjetiva do indivíduo e, portanto, fora do alcance de atuação estatal, cabendo a este, apenas, a aplicação de medidas que incluam esses indivíduos na sociedade, porque também são sujeitos de direito e merecedores de proteção jurídica e do Estado, não cabendo mais a sua exclusão ou invisibilidade social.

Por fim, destaca Danilo Chaves Lima:

[...] os princípios estatuídos nas Constituições - agora princípios constitucionais, postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento, servindo de pautas ou critérios, por excelência, para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais. Acrescente-se que os princípios, desde sua constitucionalização, recebem, como instância máxima, status constitucional, rodeados do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem, igualmente, em normas das normas (2014).

É hialina a posição da Constituição como norma superior as demais, sendo que estas devem estar em harmonia com aquela, não cabendo interpretações diversas do que pretendeu a carta magna, tendo em vista o caráter inclusivo de seu texto; os princípios constitucionais, a hermenêutica sistêmica e o controle de constitucionalidade, portanto, são os responsáveis pela coerência do sistema jurídico brasileiro, conferindo, como se verá a seguir, um caráter mais humano a todo o ordenamento.

1.4 O DIREITO A IDENTIDADE SEXUAL COMO PRINCÍPIO DERIVADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ISONOMIA ENTRE CASAIS HETEROAFETIVOS E HOMOAFETIVOS

As atrocidades nazistas que ocorreram na Segunda Guerra Mundial tiveram como reação a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual teve influencia direta na soberania estatal absoluta, uma vez que implementou a proteção aos direitos humanos num espaço central das instituições internacionais. (DAGNESE, 2000, p. 55)

Evidentemente que o texto do documento supracitado voltou-se à proteção das vítimas do holocausto, entretanto, a interpretação de seus artigos pode ser feita extensivamente, de maneira que contemple outras minorias, como, por exemplo, os homossexuais. (Id., p. 55)

Artigo 2º Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...] (ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O texto foi redigido de forma atemporal, assim, gradativamente, conforme as mudanças sociais, o disposto na norma continuaria sendo aplicado. Nas palavras de Napoleão Dagnese, “[...] à perspectiva atual exige a extensão dos grupos, visando abranger as demais minorias vítimas do preconceito que também necessitam a promoção da compreensão, tolerância e amizade, vez que também coadjuvantes da paz.” (2000, p. 57).

Foi com base nestas ideias de igualdade e preocupação com a promoção dos direitos humanos que a Constituição Federal de 1988 foi feita, trazendo já em seus primeiros dispositivos o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrando-o como valor nuclear da ordem constitucional, sendo ele, ainda, compreendido em uma categoria axiológica aberta possibilitando a tutela da personalidade humana de forma geral (DIAS, 2011, p. 62; GIRARDI, 2005, p. 158).

Ana Carla Harmatiuk Matos diz ser a dignidade da pessoa humana o centro da tábua axiológica da nossa constituição, afinal, devido aos progressos hermenêuticos do direito é esse princípio que “urge redefinir na ordem espiritual e material dos valores [...]” em se tratando de direitos positivados (2004, p. 148).

É perceptível que há uma insuficiência jurídica no tocante à tutela dos direitos de personalidade, por tal motivo é de suma importância conferir à dignidade da pessoa humana características e interpretações de cláusula geral, permitindo

[...] à medida que se vai exercendo o princípio da centralidade da pessoa, se vai também dando fundamento a uma articulação que liga os direitos postos em tratados internacionais e na Constituição com os direitos personalíssimos historicamente considerados sob a esfera dos direitos privados. Assim sendo, o indivíduo pode assegurar-se concretamente de direitos que entende ser essenciais à realização de sua personalidade, reivindicando do Estado a promoção de tais direitos, visto que condizem, em última instância, com a plena satisfação de sua pessoa nos aspectos biopsicofísicos. (Id., 2005, p. 55/56).

Pela doutrina de Maria Berenice Dias, entende-se que:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade; tal fenômeno provocou a **despatrimonialização** e a **personalização** dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite para a atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas

também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. (2011, p. 63)

Destarte, a dignidade compreende a garantia de que os homens e as mulheres não serão vítimas de agressão ou humilhação, e mais, também é afirmação positiva do desenvolvimento da personalidade individual de cada um (GIRARDI, 2005, p. 51).

A dignidade é considerada como a essência da existência do homem e da mulher sendo ela o denominador comum de todo o gênero humano, opondo, inclusive, um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Neste norte, de forma transcendental, ensina Kant:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando alguma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade (*apud* LÔBO, 2011, p. 60).

De fato, a coisificação da pessoa, ou seja, tratar outrem de forma a equipará-la a um objeto fungível, é uma violação sem tamanho à dignidade da pessoa humana, uma vez que o indivíduo é um fim em si mesmo “não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal. O ser humano, em virtude de sua dignidade, não pode ser visto como meio para realização de outros fins.” (RIOS, 2001, p. 89).

Destarte, frente à posição constitucional a favor da dignidade da pessoa humana e da livre escolha sexual do particular, porquanto assunto privado que não carece de regulamentação jurídica, fora a permissão e proteção ao direito da intimidade e à privacidade, deveriam ser conferidas ao homem e a mulher homossexual a mesma proteção e amparo estatal que se dá a qualquer pessoa (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 76).

A sexualidade compõe os direitos fundamentais humanos sendo ele

um direito natural, inalienável e indisponível. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independe da tendência afetiva (DIAS, 2011, p. 199).

No mesmo sentido, ainda com base no texto constitucional, extrai-se o princípio da inviolabilidade à vida privada (art. 5º, X) para fomentar o discurso de que a integridade sexual do ser humano é um direito personalíssimo intrínseco a ele, portanto, nas palavras de Napoleão Dagnese, “fundamental e imprescindível para a construção de uma sociedade pretensamente livre, justa e solidária, nos termos da Carta Magna de 1988.” (2000, p. 58).

Os direitos de igualdade, de liberdade, de intimidade, direito fundamentais consubstancia-dores da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, e a proibição a qualquer forma de discriminação impõem limites bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz (Maria Celina Bodin de Moraes *apud* MATOS, 2004, p. 149).

Invoca-se, ainda, o princípio da isonomia, nascido no bojo do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que confere a qualquer humano, desde o nascimento, a igualdade em direitos, o que vai além da isonomia formal, pois esta apenas confere aos constituintes a igualdade perante a lei (SILVA, 2012, p. 216/ 217).

O caráter formal da isonomia garante a “aplicação absolutamente igual da norma jurídica, sejam quais forem as diferenças e as semelhanças verificáveis entre os sujeitos e as situações envolvidas”. Indaga o Roger Raupp Rios qual seria a repercussão da isonomia formal “nas situações vividas por homossexuais, principalmente considerando a realidade de discriminação motivada na orientação sexual?” (2001, p. 69).

Mais a diante, em sua obra, responde o autor que “a dimensão formal do princípio da igualdade, seja em sua enunciação geral, seja nos seus desdobramentos concretos, veda a diferenciação e estabelece a equiparação entre heterossexualidade e homossexualidade nas questões jurídicas.” (RIOS, 2001, p. 74).

A isonomia material, por sua vez, trouxe a ideia de igualdade de gênero acrescida da vedação a toda distinção ou discriminação seja lá qual for sua natureza, sendo esta expressão abrangente o suficiente para abarcar, também, situações de preconceito no tocante a discriminação sexual. Segundo K. Hesse a igualdade jurídica material não se concretiza em conferir tratamento igual sem distinção em todas as situações, mas sim tratar aquilo que é igual igualmente e aquilo que é desigual desigualmente (*apud* RIOS, 2001, p. 75; DA SILVA, 2012, p. 226).

Nessa perspectiva, conclui Girardi:

[...] o sistema jurídico deve outorgar aos homossexuais, com base no dever de tratamento isonômico, todos os direitos já conferidos aos heterossexuais. Daí, a conclusão no sentido de ser também assegurada aos homossexuais a faculdade de exercitarem a paternidade ou maternidade como um direito subjetivo conferido a toda e qualquer pessoa independentemente da orientação sexual adotada (2005, p. 159).

Trazendo a questão para o cotidiano, sabe-se que a jurisprudência brasileira evoluiu para reconhecer que, durante muito tempo, as relações homoafetivas não estavam

sendo tratadas de forma isonômica¹, assim, gradativamente, para sanar este conflito, passou-se a conferir efeitos jurídicos a estas relações, pois, da mesma forma que os relacionamentos heteroafetivos, são fundadas no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os cônjuges (GIRARDI, 2005, p. 50).

Portanto, a liberdade sexual constitui princípio derivado diretamente da dignidade da pessoa humana, o qual confere ao ordenamento coesão e uma interpretação sistemática a favor das minorias, merecedoras de respeito e reconhecimento a nível estatal e social. Em igual proporção, não se olvida que a isonomia material assegura a esses grupos os mesmos direitos de qualquer cidadão brasileiro e a isonomia formal garante um tratamento diferenciado nas proporções do caso concreto.

Em suma, tal princípios são as bases para o reconhecimento da família homoafetiva no ordenamento, sendo vedada qualquer interpretação desarmonica com o texto constitucional. O amor fundante das relações entre pessoas do mesmo sexo não é mais tratado com indiferença pelo Estado, mas isso não quer dizer que o diálogo em prol da igualdade e do reconhecimento dessas uniões está próximo do fim. A luta é intensa, mas o Amor sempre vence.

¹ Não se pode omitir neste trabalho a recente votação favorável na Câmara dos Deputados, com dezesseis votos a favor e cinco contra, do Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013, mais conhecido como Estatuto da Família, elaborado pelo deputado Anderson Ferreira que “dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade famílias.” (BRASIL, 2013)

O Estatuto, em sua essência, busca dar apoio às famílias e fortalecer os laços entre seus integrantes, bem como afastar a violência doméstica, drogas, entre outros fatores do seio familiar; o referido diploma, porém, exclui veementemente, em seu artigo 2º, qualquer arranjo familiar que não seja constituído pela união entre homem e mulher, através do casamento ou união estável.

Pelo todo argumentado até este momento, tal dispositivo vai claramente de encontro à preceitos fundamentias trazidos pela carta magna, bem como contraria decisões já consolidadas pelo Supremo Tribunal de Justiça. A aprovação de tal estatuto representa um grande retrocesso a anos de embates sociais por reivindicações de igualdade em direitos. A própria adoção homoafetiva compromete-se caso o projeto efetivamente torne-se lei, afinal, o não reconhecimento deste arranjo familiar como família impossibilitaria ou dificultaria em muito que uma criança ou adolescente desamparada pudesse ser adotada por um casal homossexual.

2. ADOÇÃO

Junto com a abertura do modelo familiar nota-se a significativa modificação no papel do filho, o qual assumiu seu lugar como sujeito detentor de direitos, independente de sua origem. Para o presente trabalho a análise da adoção e a forma como ela foi abordada durante a história nacional são de suma importância para entender-se o seu atual escopo que é o de conferir à criança e ao adolescente um lar afetoso e condições de desenvolvimento pleno. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O filho adotivo não é um filho de segunda categoria e não pode sofrer discriminação em relação aos demais filhos. Com o texto magno, o adotado passou a ser *sujeito de direitos*, de todos os direitos reconhecidos ao filho biológico. A relação jurídica filiatória determinada pela adoção tem as mesmas qualificações e direitos reconhecidos aos filhos decorrentes do elo biológico (2014, p. 932).

Destarte, a adoção passa a ser muito mais do que o simples preenchimento de uma lacuna biológica para aquelas pessoas que não conseguiram gerar descendentes. É a concretização de uma relação fundada no amor e experimentada por pais e filhos (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 933).

Arnoldo Wald (2000, p. 197) explica que “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente.”

Complementa Maria Helena Diniz que a adoção confere ao adotado uma posição de filho que lhe será permanente “para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º), criando verdadeiros laços de parentesco entre o adotado e a família do adotante (CC, art. 1.626).” (2009, p. 521).

A isonomia entre os descendentes faz parte de um rol de conquistas muito recentes, afinal a criança, durante séculos, manteve uma posição insignificante na organização familiar, servindo, principalmente, como mão de obra para executar serviços domésticos ou até mesmo uma profissão. Na análise de Ariès, elas eram submetidas a tais responsabilidades “pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento familiar. A família era uma realidade moral e social, mais que sentimental.” (*apud* SANCHES e VERONESE, 2012, p. 5).

Tal qual no capítulo anterior, buscar-se-á a origem da adoção em suas raízes romanas e a sua repercussão no ordenamento pátrio durante os anos. Será analisada a

evolução legislativa nacional do instituto, bem como a troca de paradigmas que levaram a criança e o adolescente para seu devido lugar de destaque.

2.1 A ORIGEM DA ADOÇÃO

Voltando a Roma, viu-se que a religião é o cerne da família e sua existência está diretamente ligada a esta. A extinção da linhagem, e consequentemente do fogo doméstico, implicava na derrocada daquele grupo no esquecimento e miséria eterna. “O grande interesse da vida humana é a continuidade da descendência a fim de permitir a continuidade do culto.” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 46).

O objetivo máximo do casamento era gerar descendentes para que o culto da família se preservasse nos anais da história; o nascimento de uma menina, todavia, não possuía o condão para realizar tal manutenção do fogo doméstico, uma vez que ele só se perpetuava através das mãos do homem. Assim, destaca Fustel de Coulanges:

O descendente esperado e necessário era, portanto, o filho. Era o filho que a família, os ancestrais, o fogo doméstico reclamavam. “Por ele – rezam as velhas leis dos hindus – um pai quita sua dívida com os manes de seus ancestrais, garantindo para si mesmo a imortalidade.” Este filho não era menos precioso aos olhos dos gregos já que mais tarde devia executar os sacrifícios, oferecer o repasto fúnebre e conservar por seu culto a religião doméstica. Por isso, no velho Ésquilo, o filho é chamado de salvador do fogo doméstico paterno (2009, p. 48).

Enquanto vivessem na casa do pai, os filhos estavam submetidos à sua autoridade, independente da idade, afinal, eles não “eram sujeitos de direito, mas sim objeto de relações jurídicas, sobre os quais o pai exercia um direito proprietário. Assim, era-lhe conferido o poder de decidir, inclusive, sobre a vida e a morte de seus descendentes.” (AMIN, 2011, p. 1/2).

A adoção, então, surge com o escopo de garantir que o culto doméstico fosse eterno. Era o último recurso utilizado pela família para não ser extinta, considerado um ato de zelo pela religião e a salvação do fogo doméstico. “Não havendo outra razão de ser para a adoção salvo a necessidade de impedir a extinção de um culto, segue-se que a adoção só era permitida para aquele que não tinha filho.” (Id., 2009, p. 49).

Encontra-se na Lei das XII Tábuas os primeiros resquícios da adoção, estabelecendo que “*aquele que adotou como filho um filho que o pai lhe vendeu, tenha sobre*

ele o poder de vida e de morte e que esse filho adotivo seja considerado como se fosse nascido do adotante e sua mulher” (MAGALHÃES, 2003, p. 186).

Duas eram as modalidades de adoção do Direito Romano: a *adoptio* e a *adrogatio*. A *adoptio* consistia na adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o próprio adotado, mas também sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Somente podia ser formalizada após aprovação pelos pontífices e em virtude de decisão perante os comícios (*populi autoritate*) (Petit *apud* VENOSA, 2003, p. 318).

A ad-rogação era ato mais solene – porque extinguiu uma família, um culto doméstico – e, portanto, deveria observar algumas condições, tais como: a intervenção direta do Estado, a manifestação das intenções do ad-rogante e do ad-rogado, era exclusivo dos homens (pois o ato conferia a *patria potestas* para o adotado), “o liberto não pode ser ad-rogado de seu patrono, nem o menor de 25 anos pelo seu tutor ou curador, se o ad-rogado fosse emancipado ou deserdado sem justa causa o ad-rogante restituía os seus bens, além de um quarto dos seus próprios” (KAUSS, 1991, p. 3).

O processo de adoção consistia na realização de um ritual, o qual colocava o adotado em contato pela primeira vez com o fogo doméstico de sua nova família. Feito isso, ele era admitido na nova família, aceitando, também, “orações, ritos, objetos sagrados e deuses” daquele grupo, que “passavam a pertencer-lhe, juntamente com o pai adotivo” (GRANATO, 2010, p. 34).

A adoção se desdobrou em mais duas modalidades, durante o Baixo Império Romano, a *adoptio plena* e a *adoptio minus plena*, sendo que a primeira era feita dentro da própria família natural do adotado. Era o caso do avô adotar o neto, cuja concepção ocorrera após a emancipação de seu pai (CHAMOUN, 1962, p. 178).

A *minus plena* tinha como traço característico o não rompimento dos laços de parentesco do adotivo com a sua família natural, não saía da sua família de origem e ficava submetido à *patria potestas* de seu pai natural, mas era filho adotivo do adotante se este morresse *ad intestato* (Id., 1991, p. 5).

Já durante a Idade Média, no século XVI, quando o Direito Canônico encontrou seu auge, a adoção tornou-se uma prática quase que inexistente. Ao adotado não era cabível sequer o direito de herança, sendo este exclusivo dos filhos biológicos.

Sobreviveu, entretanto, uma versão mais ética e cristã da adoção, como mostra Antônio Chaves, buscando dar filhos aos que a natureza negou a concepção. Um dos motivos apontados para a queda dos vínculos de adoção decorreu da própria substituição da base religiosa do Direito Romano pelo surgimento da família cristã (MADALENO, 2011, p. 606/607).

A preferência pela construção de uma família legítima, ou seja, composta por filhos consanguíneos, juntamente com o excessivo receio de que os fieis burlassem as normas que proibiam o reconhecimento de filhos adulterinos ou incestuosos eram motivos suficientes para a Igreja não incentivar a sua prática (WALD, 2000, p. 199).

Coube à França ressuscitar o instituto [da adoção], dando-lhe novos fundamentos e regulamentando-o no Código de Napoleão, no início do século XIX, com interesse do próprio Imperador, que pensava adotar um dos seus sobrinhos. A lei francesa da época só conheceu a adoção em relação a maiores, exigindo por parte do adotante que tenha alcançado a idade de cinquenta anos e tornando a adoção tão complexa e as normas a respeito tão rigorosas que pouca utilidade passou a ter, sendo de rara aplicação. Leis posteriores baixaram a idade exigida e facilitaram a adoção, permitindo que melhor desenvolva o seu papel na sociedade moderna (Id., 2000, p. 199/200).

Voltando ao século XVI, contudo agora com os olhos direcionados ao Brasil, a vinda dos imigrantes para o país trouxe diversas crianças que permaneceram a mingua da sociedade até a proclamação da república, quando o Estado voltou sua atenção para o grande índice de marginalidade infanto-juvenil e conjuntamente com a psicologia, sociologia e o direito, buscaram uma solução para esse problema (SANCHES e VERONESE, 2012).

É de fácil percepção que as ideias de adoção do Direito Romano e Canônico tiveram uma repercussão direta no ordenamento pátrio, que em um primeiro momento visava conferir uma criança às famílias que não poderiam ter filhos, sem se preocupar com os interesses dos infantes.

2.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

As Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil até 1916, pouco abordavam o tema, limitando-se a apenas referenciá-lo quando se tratou da “confirmação de perfilhamento”, que eram feitas pelos Desembargadores do Paço e contribuíram para descrença no instituto (LÔBO, 2011, p. 276).

Assinalam os historiadores Maria Luiza Marcílio e Renato Venâncio que a lacuna jurídica criada pelo silêncio das Ordenações Filipinas resultou na prática da adoção informal, que não conferia ao adotado direito à sucessão, sem falar que desencorajou a sua prática, pois,

caso o adotado fosse abandonado, o *pátrio poder* dos pais biológicos era reestabelecido e impedia uma nova adoção (MORENO, 2006, p. 465).

O Advento do Código Civil de 1916 sistematizou e codificou, nos artigos 368 até o 378, o direito a adoção, sendo ele definido como, consoante Clovis Bevelacqua, “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho” (*apud* KAUSS, 1991, p. 5 e 13).

Em seu texto original, o Código Civil estabelecia que apenas as pessoas com 50 anos ou mais, sem prole legítima ou legitimada, poderiam adotar, sendo a diferença etária entre adotante e adotado de, no mínimo, 18 anos – sendo resguardado o direito do adotante “devolver” o adotado caso comprovasse que na época do ato haviam concebido um filho biológico (Id., 1991, p. 13/14).

O vínculo de adoção também podia ser dissolvido por vontade das partes ou quando o adotado cometesse ingratidão contra o adotante [, não sendo esse um direito recíproco]. No primeiro caso, se o adotado fosse maior e capaz, podia ocorrer a ruptura bilateral do vínculo quando conviesse a ambas as partes, ou a unilateral, quando o adotado praticasse atos incompatíveis com a situação de filho. Da filiação natural não se abdica e só a morte a dissolve, porém o vínculo de adoção constituía-se num parentesco meramente civil e contratualmente constituído, de maneira que nada impedia a sua ruptura, quando por parte do adotado houvesse comportamento reprovável (MAGALHÃES, 2003, p. 193/194).

Quando o adotado fosse menor ou interditado, a adoção poderia ser desfeita por ele assim que atingisse a maioridade ou cessasse a interdição, afinal, a natureza contratual do instituto exigia à aquiescência de ambas as partes. A adoção de pessoas maiores de idade e capazes apenas transferiam o *pátrio poder* da família original para o adotante, limitando a ficção jurídica de pai e filho entre essas duas pessoas, ressaltando os impedimentos matrimoniais (VENOSA, 2003, p. 324).

O contrato só se perfectibilizava com a lavratura de escritura pública e não necessitava da intervenção do Estado, bastando, assim, que adotante e adotado se dirigissem ao cartório de notas para formular o documento, sendo que a “adoção teria de ser pura e simples, não se admitindo a inclusão de cláusula condicionante ou a termo, sob pena de nulidade do ato.” (Id., 2003, p. 194).

Nesta época, é evidente a preferência do legislador pelos interesses dos adotantes em detrimentos dos adotados, sendo acentuado o caráter filantrópico e humanitário do instituto que, segundo Monteiro, constitui verdadeira “válvula preciosa para casamentos estéreis, assim dando aos cônjuges os filhos que a natureza lhes negara.” (1976, p. 240).

As primeiras mudanças para a inversão dos paradigmas consolidados pela legislação só se deram com o advento da Lei nº 3.133, 8 de maio de 1957, que, nas palavras de Venosa:

[...] trouxe profundas alterações para a adoção entre nós [brasileiros]. Silvio Rodrigues observa que foi esse diploma que passou a considerar a adoção sob o prisma assistencial, tendo em mira a condição do adotado, representando, na realidade uma nova adoção, distante daquela disciplinada pelo legislador no início do século (2003, p. 322).

Referida Lei abrandou os requisitos para adotar. A idade limite baixou para 30 anos, com a ressalva de que se o adotante for solteiro e preencher os requisitos legais estará autorizado a adotar; se for casado, porém “há de guardar primeiramente o transcurso do quinquênio, contado da realização do matrimônio.” A adoção conjunta só era permitida para casais casados civilmente (MONTEIRO, 1976, p. 242).

Ao tutor e curador era defeso adotar o tutelado ou curatelado, para que assim se evitasse encobrir a má administração dos bens feita por aquele; a restrição, todavia, não se aplicaria caso fosse prestado contas e quitados eventuais débitos antes do ato de adoção ser praticado. “Tal preceito já vem dos romanos e se encontra na quase totalidade das legislações.” (GRANATO, 2010, p. 59).

A previsão da adoção do nascituro surge com o implemento da Lei n. 3.133, mas a incerteza paira sobre o instituto, afinal, como adotar o que não nasceu? Explica Antônio Chaves que o nascituro carece completar os requisitos propostos pelo artigo 369 do Código Civil, portanto, com fulcro nos ensinamentos de Dolor Barreira, acredita que a palavra mereça ser “considerada como não escrita, por invalidade jurídica.” (1988, p. 192).

A distância entre as idades do adotante e do adotando também foi objeto de mudança pela supracitada lei, sendo a diferença minorada em dezesseis anos. Por tratar-se de uma ficção jurídica que visa imitar a realidade, nada mais óbvio que manter o pai com idade superior ao filho para que assim crie-se um ambiente de respeito no lar (Id., 1976, p. 242).

O terceiro requisito diz respeito ao consentimento do adotado. O Código Civil não aludia expressamente à anuência do adotado *sui iuris*, mas esta sempre se subentendeu. A Lei nº 3.133, modificando a redação do art. 372, assim aludiu: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro” (Id., 1976, p. 242).

Outra grande inovação para o direito brasileiro foi a introdução do conceito de legitimação adotiva pela Lei nº 4.655, 2 de junho de 1965, determinando que:

[...] podiam ser adotados os infantes expostos², cujos pais fossem desconhecidos ou houvessem declarado por escrito que ele podia ser dado em adoção; os menores abandonados com até sete anos de idade, cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder; órfãos da mesma idade não reclamado por qualquer parente por mais de um ano; o filho natural reconhecido apenas pela mãe impossibilitada de prover sua criação (MAGALHÃES, 2003, p. 196).

Elucida, ainda, Galdino Augusto Coelho Bordallo:

O tratamento dado à legitimação adotiva era mais benéfico para a criança do que o sistema de adoção simples constante no Código Civil. Os critérios para a legitimação adotiva divergiam dos exigidos para a adoção simples, tanto que a doutrina entendia existir um *sistema inteiramente autônomo, ao estabelecer as condições em que é admitida a adoção legitimante* (2001, p. 253).

Prevvia a legitimação um prazo anterior de três anos de convivência entre legitimado e legitimantes antes da prolação da sentença que perfectibilizava o ato e o tornava irrevogável – sendo defeso agora a “devolução” do menor com o advento de filhos biológicos –. Somente poderiam ser legitimantes os casais “[...] casados há mais de cinco anos tendo ao menos um deles mais de trinta anos, sem filhos legitimados ou naturais reconhecidos. Se um deles fosse estéril, comprovado esse fato por perícia médica, dispensava-se aquele prazo.” (Id., 2003, p. 197).

Ainda foi facultado aos ascendentes dos legitimantes vincularem-se ao legitimado desde que concordassem expressamente com isso (Id., 2003, p. 197).

A decorrência da sentença constitutiva da filiação e a sua inscrição no Registro Civil seria apagar o passado do menor e romper todos os laços com o parentesco anterior e na imitação da natureza fazê-lo nascer de novo, porém com a grave contradição do art. 9º: inadmissível restrição ao direito sucessório capaz de violar todo o segredo de sua filiação, situação que só veio a ser corrigida pela adoção plena do Código de Menores [...] (KAUSS, 1991, p. 20).

Afinal, quanto ao direito sucessório nada se alterou, os filhos biológicos continuavam tendo tratamento privilegiado, pois aos adotados restava concorrer apenas à metade da herança cabível aos seus irmãos. É lembrado aqui o pensamento de Monteiro ao descrever este cenário: “para efeitos familiares e sentimentais, o adotivo é filho; não o será, todavia, para efeitos hereditários e patrimoniais, havendo filhos de sangue.” (1976, p. 247).

Só o fato de haver uma legislação que iria ao encontro da ideia discriminatórias com relação à origem dos descendentes já demonstra a necessidade de se repensar na adoção para o bem estar das crianças e adolescentes, o que foi acontecer gradualmente com o passar dos anos.

² É a criança que foi abandonada por um ou ambos os pais em seus primeiros dias de vida. (LÔBO, 2011, p. 282)

2.2.1 Código de Menores – Lei nº 6.697/79

O Código de Menores foi o grande divisor de águas no que tange a adoção para o nosso ordenamento. Nas palavras de Venosa, foi ele que:

“[...] substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena e adoção simples. Esta última mantinha em linhas gerais os princípios do Código Civil. A adoção plena, que exigia requisitos mais amplos, por outro lado, inseria o adotado integralmente na nova família, como se fosse filho biológico.” (2003, p. 327).

A partir daí passaram a existir três espécies de adoção no país: “A do Código Civil, destinada à adoção de pessoas de qualquer idade; a simples, destinada aos menores em situação irregular, e a plena, que atribuía a condição de filho legítimo ao adotado.” (MAGALHÃES, 2003, p. 198).

Todavia, há quem entenda que no Brasil a adoção simples estaria discriminada no Código Civil enquanto que a Lei específica regulamentou a adoção plena, sendo esta última aplicada também ao menor em situação irregular (GONÇALVES, 2007, p. 333).

Encontrava-se nessa situação o menor que:

[...] por falta, omissão ou manifesta impossibilidade dos pais, estivesse privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória; que fosse vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsáveis; em perigo moral por encontrar-se de modo habitual em ambiente contrário aos bons costumes; que explorasse atividade contrária aos bons costumes; privado de representação ou assistência legal, por falta eventual dos pais ou dos responsáveis; com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; e autor de infração penal (Id., 2003, p. 199).

Por conseguinte os pais eram destituídos ou tinham suspenso o poder familiar e a criança ou adolescente seria encaminhada para adoção, que, diferentemente do que propunha o Código Civil de 1916, era assistida pelo Poder Judiciário através do Juizado de Menores, não sendo necessária apenas a lavratura de escritura pública para tornar o ato perfeito (Id., 2003, p. 199).

A Lei menorista previu em seus artigos 27 e 28 a adoção simples, a qual dependia de autorização judicial e programava um período de convivência entre adotante e adotado a ser fixado conforme as peculiaridades do caso, sendo ele dispensável caso a criança contasse com menos de um ano de idade (KAUSS, 1991, p. 22/23).

Consumada a adoção simples, a ela aplicavam-se as regras do Código Civil quanto à adoção civil. É bom lembrar, conforme já foi dito em linhas atrás, que a adoção civil continuava em pleno vigor e por ela se podia adotar menor que não tivesse em situação irregular, e também maior de idade (MAGALHÃES, 2003, p. 200).

Quanto a adoção plena, a mesma era regulada pelos artigos 29 ao 37 da supracitada Lei, e em muito se assemelhava à legitimidade adotiva. Ao adotado era conferida situação de filho biológico, desvinculando-o de sua família de origem por completo através de sentença judicial.

Aos viúvos autorizou-se excepcionalmente adotar quando o menor tivesse iniciado o período de convivência de três anos enquanto o cônjuge falecido estava vivo. Tal prerrogativa também se estendia aos casais separados judicialmente e que já teriam iniciado o período de convívio antes do divórcio (KAUSS, 1991, p. 22).

Sobre o direito à sucessão, desabafa Magalhães:

Esta lei revogou expressamente a Lei n. 4.655/ 1965, e a odiosa distinção patrimonial que se fazia naquela não subsistiu, de sorte que o plenamente adotado possuía os mesmos direitos sucessórios da prole superveniente, se com ela concorresse à herança dos ascendentes. Já não era sem tempo essa equiparação (2003, p. 201).

Em 1988 a atual Constituição Federal da República Brasileira nasceu e com ela uma nova sistemática para o Direito de Família e, especificamente, a adoção, que ganhou expresso amparo constitucional no artigo 227, § 5º. Nas palavras de José Afonso da Silva:

Esta família. Que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança, do adolescente e do jovem enumerados no art. 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão é negligência indeclinável do cumprimento daquele dever (2012, p. 860).

Ratificou a carta magna que o Poder Público terá função assistencial nos casos de adoção simples ou plena do menor, de até sete anos e em situação irregular (PEREIRA, 1989, p. 132).

Dois anos depois, a lei menorista foi revogada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passando, assim, o direito brasileiro a ter dois regramentos distintos: “[...] a adoção regida pelo E.C.A. restrita a crianças e adolescentes e promovida judicialmente e a adoção de maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil de 1916 e instrumentalizada através de escritura pública.” (BORDALLO, 2001, p. 254).

2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90

O texto constitucional trouxe a doutrina da proteção integral da criança para o ordenamento brasileiro e ampliou a aplicação do melhor interesse para abarcar qualquer conflito familiar que atingisse infante-juvenil, portanto, não cabia mais a existência de um sistema de adoção em parte baseado no princípio da situação irregular. Nas palavras de Maria Helena Barbosa:

Coube ao Estatuto da Criança e do Adolescente concretizar e expressar os novos direitos da população infante-juvenil, que põem em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento (*apud* SANCHES e VERONESE, 2012, p. 89).

Segundo os ensinamentos de Venosa, o E.C.A. passou a regular a adoção da seguinte maneira:

[...] a adoção dos menores de 18 anos é uma só, gerando todos os efeitos da antiga adoção plena. O estatuto menorista posiciona-se em consonância com a tendência universal da proteção à criança [...]. O Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente quanto a adoção, descreve que a criança ou adolescente tem direito fundamental de ser criado e educado no seio de uma família, natural ou substituta (art. 1º). O estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, ao contrário do revogado Código de Menores, que os tratava como objetos da relação jurídica, deixando mais claro o espectro do direito subjetivo (2003, p. 327/328).

Wald completa:

A Subseção IV, que trata especialmente da adoção, abrange os arts. 39 a 52 do Estatuto e regulamenta a matéria de modo minucioso. Somente pode haver adoção prevista na mencionada lei, que podemos denominar plena, quando o adotado não tem mais de 18 anos ou quando, ultrapassada essa idade, já estava anteriormente sob a tutela ou guarda dos adotantes. A adoção cria os mesmos vínculos, direitos e obrigações que a filiação legítima, inclusive no plano sucessório, desvinculando totalmente o adotado de sua família de origem, a não ser a fim de respeitar os impedimentos matrimoniais (art. 41§ 1º) . O direito sucessório é recíproco entre adotado, seus descendentes e o adotante e seus parentes sucessíveis (art. 41, §2º) (2000, p. 204).

A lei nova regulou a adoção das pessoas até 18 anos de idade, o que poderia fazer entender que o disposto nos artigos 368 ao 378, do Código Civil de 16, ainda era aplicável para o nascituro ou os maiores de 18 anos. “Se revogação houvesse, somente a do artigo 377 que, por se tratar de direitos sucessórios, colidia com o § 6º do inciso VII do artigo 227 da nova Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [...]” (KAUSS, 1991, p. 25).

Entretanto, não se pode admitir a vigência da adoção civil mesmo após a promulgação da carta política de 88, afinal todo o seu procedimento por escritura pública ia

de encontro à ideia de que o Estado deveria auxiliar o feito, bem como outras imperfeições na hora do registro ou na própria questão sucessória como bem exposto por Kauss no parágrafo anterior. Nas palavras de Magalhães, “somente um esforço de hermenêutica descomunal e inconstitucional podia justificar a eficácia da adoção do Código Civil anterior, após a edição da Constituição, como se ela fosse um corpo humano desprovido de todos os seus membros.” (2003, p. 202/203).

Neste período histórico, são legitimados a adotar, as pessoas maiores de 21 anos de idade, tendo elas, no mínimo uma diferença etária de 16 anos com o adotado. A adoção conjunta só era autorizada caso os adotantes estivessem casados ou concubinados entre si, devendo ao menos um deles preencher os requisitos necessários para realização do ato, bem como comprovar em juízo a estabilidade familiar. (BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, art. 42, § 2º).

Não basta o casamento ou a prova da união estável; mister se faz que o casal pretendente da adoção demonstre ter um lar constituído e administrado razoavelmente, de modo a que não constitua risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação (LÔBO, 2011, p. 278).

Quando sabida a localização dos pais, cujo poder familiar não tivesse sido suspenso, ou dos representantes legais era necessária a sua autorização para que ocorresse a adoção e pela primeira vez foi dada voz ao adotado, desde que contasse com mais de 12 anos de idade, para saber o que achava do processo de adoção o qual estava sendo submetido (MAGALHÃES, 2003, p. 204).

A convivência, todavia, entre o Código Civil antigo, a Constituição de 88 e a Lei nº 8.069/90 estava longe de ser harmônica, pois aquele destoava completamente com todos os novos princípios não discriminatórios e protecionistas das crianças. Destarte, tal qual o Direito de Família, as mudanças sociais e legislativas direcionaram o código para um ambiente mais afetoso e preocupado com os interesses dos indivíduos, no caso os adotados.

2.2.3 O Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 recepciona expressamente o princípio da igualdade da filiação, em seu artigo 1.596, ao dizer que todos os filhos, concebidos ou não da relação matrimonial, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualidades; não desapareceu, porém, o ranço do preconceito na sociedade, “pois continuam estes dispositivos mantendo uma

classificação de acordo com o caráter matrimonial ou extramatrimonial da filiação, ou se a perfilhação advém dos vínculos de adoção.” (MADALENO, 2011, p. 469/470).

O Código Civil de 2002 instituiu o sistema de adoção plena. Desaparece a distinção que resultou da convivência entre o ECA e o Código Civil anterior, a saber, entre adoção plena ou integral para crianças ou adolescentes, dependente de decisão judicial, e adoção simples, para os maiores de 18 anos, mediante escritura pública. Tanto para os maiores quanto para os menores, a adoção reveste-se das mesmas características, sujeitas à decisão judicial (LÔBO, 2011, p. 276).

Assim passou a vigorar um regime jurídico único: o judicial, instituindo que, independente da idade do adotado, é necessário haver uma sentença para tornar o ato perfeito. Os artigos da lei civil repetiam em muito os trazidos pelo E.C.A., mas sem causar qualquer desarranjo entre ambos, mesmo porque “[...] as justificativas apresentadas para as emendas realizadas ao capítulo do CC que tratava da adoção verificava-se que traziam como justificativa a necessidade de adaptação do texto do Código ao do Estatuto. O Estatuto da Criança e do Adolescente era muito mais minucioso que o Código Civil.” (BORDALLO, 2001, p. 254).

Com o código a maioridade civil foi reduzida para 18 anos e junto com ela, conseqüentemente, a idade para se adotar alguém. A adoção conjunta ainda deu-se nos mesmos moldes de quando o E.C.A. foi promulgado, sendo defesa a adoção por pessoas estranhas entre si, afinal, o instituto implicava “[...] na submissão do adotado menor ao poder familiar [...]” (MAGALHÃES, 2003, p. 207).

Todo o capítulo do CC que cuidava da adoção foi revogado pela Lei nº 12.010/09, restando apenas dois artigos – art. 1.618 e art. 1.619. O primeiro deles dispõe que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelas normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. O segundo artigo cuida da adoção de pessoas maiores de 18 anos, determinando que sua constituição dará-se [sic] através de processo judicial e que serão aplicadas, no que couber, as regras do ECA (BORDALLO, 2001, p. 254).

Hodiernamente, então, a adoção está disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), posteriormente alterada pela Nova Lei de Adoção (Lei nº 12.010/2009) e, em parte também pelo Código Civil, no que tange a adoção de maiores de 18 anos.

2.3 O SISTEMA DE ADOÇÃO ATUAL

A Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, mais conhecida à época como a Nova Lei de Adoção, veio, consoante o seu artigo 1º, dispor “sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei 8.096, de 13.07.1990 [...]”. Sendo assim, a adoção passou a ser regulada exclusivamente pelo Estatuto da Criança e Adolescente, expandindo seu efeito para todo indivíduo infanto-juvenil independente de sua situação jurídica, devendo o Poder Público se fazer presente em todos os processos de adoção (GRANATO, 2010, p. 69/71).

A Lei harmonizou a adoção com os princípios da Constituição de 1988, na medida em que pôs a termo as expressões adoção simples e plena, ambas, agora, tratadas como uma única adoção, cujo objetivo é o de “criar laços de paternidade e filiação entre adotante e adotado, inclusive desligando-o completamente de sua família biológica.” (Id., 2010, p. 71).

O artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a reforma da Lei nº 12.010 de 2009, traz os princípios que norteiam o Estatuto; no presente trabalho, porém, destaca-se que: serão analisados apenas os três princípios gerais da adoção, segundo Andrea Rodrigues Amin, sendo eles o da *prioridade absoluta*, o do *melhor interesse da criança* e o da *municipalização*.

O princípio da prioridade absoluta vem diretamente do artigo 277 da Constituição e diz que o interesse da criança deve ser sobreposto, independente da área tratada, a qualquer outro, primando, assim, pelo desenvolvimento do infante e reconhecendo da sua “fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo.” (AMIN, 2011, p. 23).

O melhor interesse da criança e adolescente já estava previsto no Código de Menores, mas, atualmente, com a nova roupagem do ordenamento, adotou-se a teoria da proteção integral ampliando o instituto para todo o público infanto-juvenil inclusive nos conflitos familiares (Id., 2011, p. 33).

Dessa forma, ainda que o menor não esteja em situação de abandono e que a mãe ou os pais expressem desejo de entregá-lo para adoção a uma pessoa determinada ou um casal escolhido, será indispensável a sentença judicial para que a adoção seja efetivada. Antes de entrar em vigor o Estatuto, esses casos se resolviam através de escritura pública, uma vez que regidos pelo Código Civil (Id., 2010, p.71).

Quanto ao princípio da municipalidade, a carta magna ampliou as políticas assistenciais e a execução dos programas de política assistencial foi atribuída “à esfera estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.” (AMIN, 2011, p. 37).

Imperioso é estudar e compreender os princípios que sustentam o nosso ordenamento e, de maneira mais específica, o Estatuto da Criança e do Adolescente, afinal são eles quem “estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e o interprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas.” Nesse entendimento, passa-se à análise das regras para realizar a adoção. (CANOTILHO *apud* TAMADA, 2012).

Manteve-se a redação inicial do Estatuto no que tange a definição de criança e adolescente, tendo aquele até doze anos de idade incompletos, e este a faixa etária de doze a dezoito anos. Incorporou-se a esse artigo, por força da lei nova, o parágrafo 1º, introduzindo que “A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei” (GRANATO, 2010, p. 71).

Entende-se por família ampliada, segundo o texto legal, “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (BRASIL, Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, artigo nº 25, Parágrafo único).

Tal complemento é alvo de críticas por muitos doutrinadores. Lôbo, por exemplo, acredita que “Condicionar a adoção ao interesse prévio de parente pode impedir ou limitar a criança de inserir-se em ambiente familiar completo, pois em vez de contar com um pai e (ou) mãe adotivos, acolhido pelo desejo e pelo amor, será apenas um parente acolhido por outro, sem constituir relação filial.” (2011, p. 277).

Há, porém, estudiosos da área da psicologia que podem explicar a aparente dicotomia do legislador em primar pela permanência da criança no seio familiar de origem. Destaca-se aqui a opinião de Bert Helliger sobre o tema:

Segundo minha experiência com famílias, o fator crucial são as interações dos pais adotivos. Se realmente agirem no melhor interesse da criança, a adoção terá boa possibilidade de sucesso. Contudo, pais adotivos raramente consideram o interesse da criança e sim o seu próprio: não podem ter filhos e se rebelam contra as limitações que a natureza lhes impôs. Implicitamente, pedem à criança que os proteja de seu desapontamento. Quando é esse o caso, o fluxo básico de dar e receber, bem como a ordem dos relacionamentos, desarranja-se logo de começo; os pais sofrerão as consequências de seus atos, ou sofrerão os filhos. (2012, p. 121)

Ou seja, enquanto houver casais que coloquem seu interesse ou necessidade de ter um filho em detrimento da vontade da criança ou adolescente a família permanecerá em conflito e seus membros infelizes. Justifica-se, assim, o posicionamento do legislador frente a este assunto, e, vencida esta etapa, passa-se a analisar os requisitos para adotar e ser adotado, bem como outras mudanças significativas trazidas ao instituto em comento pela Nova Lei da Adoção.

2.3.1 Adotantes

A adoção pode ser feita por qualquer pessoa, compreendem-se, solteiros, viúvos, divorciados, homossexuais – já que a lei não faz qualquer ressalva quanto à orientação sexual do adotante – e pessoas casadas, ou quem vive em união estável, sendo este último autorizado a adotar conjuntamente, segundo o artigo 42, § 2º do ECA, ou de forma unilateral bastando a “**concordância** do cônjuge ou companheiro [...]”. Destaca-se que a nova Lei exige, agora, que ambos os adotantes tenham os 18 anos mínimos para adotar e a diferença de 16 anos com o adotado (DIAS, 2011, p. 486/ 487; LÔBO, 2011, p. 278).

Discorda, porém, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, pois:

Naturalmente, quando se trata de adoção por casal, bastará que um deles preencha o referido requisito, não se exigindo de ambos. Ademais, a nós, parece que a referida norma pode ser afastada, por decisão judicial, casuisticamente, na defesa do melhor interesse da criança ou do adolescente e de sua proteção integral, em especial quanto ao pedido de adoção é antecedido de período razoável de convivência afetiva (2014, p. 941) .

E de fato, há coerência quanto ao seu posicionamento, tendo sempre em vista o melhor interesse da criança. A vigência da regra que não permite a adoção de alguém por duas pessoas é uma barreira legal que vai de encontro a princípios constitucionais e que excluem inúmeras situações concretas como, por exemplo, a adoção homoafetiva, que será tratada especificamente no capítulo subsequente (Id., 2014, p. 942).

Como explanado anteriormente, o adotante deve ser civilmente capaz e ter uma diferença de 16 anos da idade do adotado, pois, segundo Bordallo, “a diferença [...] evitará que se confundam os limites que há entre o amor essencialmente filial e paterno em relação àquele, entre homem e mulher, onde a atração física pode ser preponderante.” (apud FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 941).

Continuam impedidos de ser adotados tutelado ou o curatelado pelo seu tutor ou cuidados, a não ser que o administrador preste contas ao dependente, quitando eventuais dívidas. É defeso, ainda, ao adotante ser ascendente, descendente ou irmão do adotado, porquanto há incompatibilidade desta conduta com o que institui o Estatuto. Explica Lôbo:

[...], pois o adotado é descendente e, na hipótese de irmãos, confundiria a relação de parentesco tão próximo (irmão e filho, ao mesmo tempo). O avô, por exemplo, pode ser detentor da guarda do neto, pode ser seu tutor, mas não pode adotá-lo como filho. Por conseguinte, não há impedimento para adoção de parentes colaterais de terceiro grau, a exemplo de sobrinhos, muito comum nos costumes brasileiros (2011, p. 277).

Em seu texto primário, o ECA previa a inscrição dos interessados a adotar em um cadastro, bem como a relação de crianças e adolescentes adotáveis em cada comarca ou foro regional. Hoje, a Nova Lei da Adoção torna esse elemento obrigatório, exceto, como preceitua o §13º do artigo 50, do ECA, quanto se tratar de pedido unilateral, for formulado por patente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculo de afinidade e afetividade ou oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal da criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que comprovado o afeto entre ambos e afastada as hipóteses de má-fé previstas no art. 237 ou 238 de supracitada Lei (GRANATO, 2010, p. 80/ 82).

Através da Resolução nº 54/08 do Conselho Nacional de Justiça, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) foi implementado, sob a forma de um banco de dados nacional, visando agilizar o processo de adoção; o CNA, todavia, é alvo de críticas, pois acaba instituindo excessivas exigências para a realização do cadastro, entre outros fatores expressos por Granato:

Não se pode esquecer que o cadastramento de pessoa significa, apenas, que ela integra um cadastro, com muitas pessoas à sua frente e que, diferentemente do que parece se ler na lei, que a pessoa vai ser logo chamada para adotar, às vezes a demora é de anos, quando, então, as condições do pretendente já se modificaram, perdendo aquele trabalhoso cadastro a sua utilidade (2010, p. 87).

Infelizmente, a morosidade do processo de adoção tem como gravame também os filtros que os adotados impõem, na hora de se cadastrar, ao adotado, o qual preferencialmente é branco, do sexo feminino e entre zero e três anos de idade (SANTOS, 2010, p. 41).

O tempo de convivência entre adotante e adotado funciona como um experimento para avaliar o grau de adaptação da criança ou adolescente àquela família. Hoje em dia, é fixado casuisticamente e fica a critério do juiz podendo, inclusive, ser dispensado caso o

adotado tenha menos de um ano de idade ou já estivesse em companhia do(s) adotante(s) tempo o suficiente para criarem vínculos afetivos entre si (GRANATO, 2010, p. 88).

Crítica Lôbo:

Lamentavelmente, a Lei n. 12.010/2009 desconsiderou, como preferência para adoção, o estágio de convivência de fato ou a guarda de fato, apenas admitindo quando decorrente de guarda ou tutela legais. Sua desconsideração contraria a primazia de que a própria lei atribui aos laços de afetividade constituídos, em desfavor da criança ou adolescente (2011, p. 279).

Basicamente são essas as condições, restrições e críticas para quem quer se registrar como adotante. Passa-se, agora, a análise dos elementos legais para ser adotado, bem como algumas especificidades trazidas pela lei nova.

2.3.2 Adotados

Hodiernamente, quem tiver até dezoito anos terá sua adoção regulada pelo ECA; aos maiores, porém, resta o disposto no Código Civil, o qual foi em grande parte revogado pela Lei n. 12.010/2009, deixando, assim, a adoção do maior de dezoito anos em um verdadeiro vácuo. De fato a crítica atribuída ao legislador quando regulou a adoção do maior de idade é o fato do ato ser regido pela proteção integral da criança e adolescente quando não há um infante-juvenil na relação (Id., 2010, p. 73 e 74).

Destaca Antônio Chaves que “a adoção do adulto fere a finalidade do instituto, pois não haveria razão para proteger os maiores por meio da inserção em família substituta, além de, não raro, ocultar interesses escusos, de índole patrimonial ou econômica.” (*apud* FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 936).

No mais, assevera-se que a adoção de adultos não exige fixação de prazo mínimo de convivência, muito menos de um estudo social interprofissional, pois “[...] não se tarata de verificar a existência de eventual situação de risco justificadora de uma medida extrema.” (Luciano Alves Rossato *apud* Id., 2014, p. 936) No entanto, faz-se necessária a citação dos pais do adotado. (Id., 2014, p. 938).

Outra inovação da Nova Lei da Adoção refere-se à redação do artigo 48, o qual possibilita ao adotado, após completar dezoito anos e com o auxílio de uma equipe interprofissional, buscar as suas origens biológicas tendo, para tanto, acesso irrestrito ao seu processo de adoção (SECATTO, 2010, p. 16).

No tocante às crianças e adolescentes o Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante o artigo 45, § 2º, prevê que o procedimento da adoção necessita da oitiva do adotado maior de 12 anos, considerando o seu depoimento não de forma isolada, mas sim “em conjunto com as outras provas ou elementos formadores de convicção.” (KAUSS, 1991, p. 54).

Assevera Maria Berenice Dias:

Assim, para resguardar o melhor interesse da criança, que tem direito de se manifestar, é importante sua oitiva, independentemente de sua idade, do domínio da língua falada e de seu grau de maturidade. Mas sua escuta não deve ser realizada pelo juiz, sendo recomendável o desempenho da tarefa por profissional com preparo especializado, da área da psicologia ou do serviço social (2011, p. 505).

A adoção exige a manifestação de vontade de quem pretende adotar e de quem pretende ser adotado, sendo requisitado, também, “[...] o consentimento dos pais ou representantes legais do adotado, em face da própria ruptura definitiva do parentesco que decorrerá do trânsito em julgado da sentença de adoção. Sem o consentimento expresso dos pais biológicos do adotado, portanto, restará inválida a adoção.” (Id., 2014, p. 937).

[...] em conformidade com a legislação estatutária, o consentimento dos genitores (que constem do registro civil do menor) é imprescindível para a adoção. E esse consentimento somente é dispensável quando se tratar de pais desconhecidos (que não constem no registro civil) ou que tenham sido destituídos do poder familiar (ECA, art. 45, §1º). Contudo, indo mais longe, também é de se dispensar a anuência dos genitores quando restar provado que se trata de criança ou adolescente abandonado (infante exposto) ou cujos genitores estejam desaparecidos ou em local incerto. São casos visivelmente excepcionais e sem a destituição prévia do poder familiar (FARIAS e ROSENVALD, 2014, p. 938).

Destaca Lôbo que quando o indivíduo assume a condição de adolescente (12 anos, em conformidade com o artigo 2º do ECA) o mesmo poderá suprir a falta de consentimento dos pais ou representantes legais, logicamente, quando estes estiverem ausentes ou em local incerto (2011, p. 281).

Outra questão relevante à condição de adotado, e que divide a doutrina brasileira, é a possibilidade ou não de se adotar um nascituro, afinal, o mesmo tem seus direitos resguardados antes do nascimento com vida e é com base nisso que se defende a hipótese de sua adoção (Id., 2014, p. 950).

De outra mão, há quem não considere o nascituro uma pessoa e, portanto, não podendo ser adotado, “já que a adoção é ato jurídico que se realiza entre pessoas [...]” (GRANATO, 2010, p. 146).

A Lei n. 12.010/2009 perdeu a oportunidade de pacificar tal discussão, afinal nada inovou com relação ao nascituro, muito pelo contrário, apenas perpetuou o que a legislação anterior tarzia: o descaso total pela discussão. Por outro lado, conduzida pelo princípio do melhor interesse da criança, A Nova Lei da Adoção introduz novos contornos a adoção de indígenas, sendo ela regulada pelo artigo 28, § 6º, do ECA, e primando pela identidade social e cultural da criança e adolescente, estabelecendo que, assim, o infante deve primeiro tentar ser reinserido em sua comunidade (SANTOS, 2010, p. 34).

Frente a todos esses elementos é hialina a vontade do legislador em conferir ao adotado a posição de pessoa de direito, dando-o as condições para tanto, não se restringindo apenas em propiciar seu encontro com o um lar afetivo, mas também dando liberdade para que o mesmo busque suas raízes biológicas se julgar necessário.

2.3.3 Importância da Adoção

O direito a convivência familiar garantido à criança nem sempre se concretiza junto à família biológica, restando, então, a adoção como mecanismo estatal para dar efetividade ao princípio da proteção integral; o instituto, todavia, não pode ser resumido a uma estrutura que dê um destino às crianças e adolescente em orfanatos ou método garantidor para que casais, os quais por alguma eventualidade não possa gerar descendentes, consigam realizar o sonho da paternidade ou maternidade.

Vai além disso. As crianças devem ser tratadas como protagonistas em toda esta trama levando-se em conta os seus interesses e necessidades, nunca lhes negando voz neste tipo de procedimento, afinal, com as novas redações conferidas ao E.C.A. e o auxílio do texto constitucional, a criança e o adolescente tornaram-se sujeitos de direito merecedores de um lar afetivo.

No mais, mantendo-se a preocupação com os desejos da criança vale lembrar que a adoção não pode revogar o passado vivido por ela ou pelo adolescente. Assim, destaca-se o pensamento de Tânia da Silva Pereira:

Os conhecimentos da Psicologia Clínica e da Psiquiatria infantil revelam que a presença do “segredo familiar” é extremamente danosa para a estruturação da personalidade. Por mais guardado que seja, o segredo gera ansiedade, e essa perpassa as relações familiares, acompanhada do medo de que alguém, por maldade ou inadvertência, revele à criança ou ao adolescente a sua origem. “São universalmente conhecidas que as adoções bem-sucedidas são aquelas em que os filhos adotivos conhecem suas origens desde o início e em que os pais são capazes de falar livremente sobre o fato.” (2015, p. 384)

Para um melhor crescimento é hialina a necessidade de laços de amor fortemente estruturados, assim, sob esta ótica destaca-se o apelo de Rodrigo da Cunha Pereira e Maria de Paula Freitas:

Segundo ele, “um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será pai. Por isso podemos dizer que a verdadeira paternidade adotiva está ligada à função, escolha, enfim, um desejo”. Galdino Augusto Coelho Bordallo, referindo-se a Lúcia Maria de Paula Freitas, destaca que “a adoção é sempre via de mão dupla, que os pais e filhos se adotam e não os pais aos filhos e que essa relação de troca vai-se dando na órbita familiar mais ampla” (*apud* PEREIRA, 2015, p. 375).

Vale ressaltar, porém, que diferentemente do que pensa Maria Berenice Dias, em seu artigo *Adoção e o Direito Constitucional à Convivência Familiar*, os laços de sangue merecem manutenção quando o caso concreto o permitir, uma vez que a criança ou o adolescente desenvolveu vínculo afetivo com sua família de origem e que cabe ao magistrado também zelar por essa reparação quando for da vontade do infante (MARIABERENICEDIAS).

Caso haja a destituição do poder familiar e a criança ou adolescente seja institucionalizada é de fundamental importância que quando posta em contato com a família adotiva que o infante tenha a posse do estado de filho, pois, segundo os estudos do professor Jorge Trindade, formado em Psicologia e Direito, é através dela que os pais assumem a obrigação de proteção e educação, sem que haja relevância do fator biológico, pois o sangue e o afeto são razões autônomas, sendo que a segunda é a garantidora da tutela familiar. (2011)

Nesse norte, ensina o autor que a paternidade socioafetiva é o único elemento capaz de garantir estabilidade social, uma vez que:

[...] o filho reconhecido como tal, no relacionamento diário e afetuosos, certamente, formará uma base emocional capaz de lhe assegurar um pleno e diferenciado desenvolvimento como ser humano. Além disso, ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética (TRINDADE, 2011, p. 321).

É imperioso o afeto da família para que se proteja o bem-estar e a felicidade das crianças e adolescentes. Felicidade e afeto, aqui, são postos como sinônimos e a sua existência como princípio constitucional, ainda que implícito, não é questionada. Pode-se, inclusive, “[...] dizer que a felicidade decorra do dever do Estado de promover o bem de todos e garantir o respeito à dignidade.” (DIAS e OPPERMANN, 2014, p. 438).

Destarte, cabe tecer algumas críticas ao sistema de cadastro nacional, o qual burocratiza em demasia todo o processo de adoção, tornando-o moroso e cansativo tanto para os adotantes quanto para os adotados. Então, destaca-se o posicionamento de Maria Berenice Dias, que acredita:

[...] que o melhor interesse de crianças e adolescentes sempre estará preservado quando os laços parentais formados forem preservados. Em outras palavras, sempre que os filhos adotivos reconhecerem como pai ou mãe aquele não habilitado, não cadastrado ou não tão bem colocado na lista, não se poderá cogitar na quebra de vínculos parentais, sob pena de se criar um novo trauma àquele que já experimentou a rejeição (MARIABERENICEDIAS).

Nessa esteira, onde o afeto e os laços de amor têm local de destaque e com base da abertura constitucional do conceito de família pode-se admitir a adoção por diferentes núcleos familiares, como o monoparental ou a homoafetiva. Nas palavras de Galdino Augusto Coelho Bordalla:

[...] qualquer que seja a modalidade de família que venha a se formar com a adoção, havendo afeto, havendo amor, havendo a formação do vínculo paterno-filial, havendo a integração da criança/ adolescente na nova família e no grupo social com o qual conviverá, estarão atendidos os princípios norteadores do Direito da Criança e do Adolescente e a adoção atingirá todos os seus objetivos (*apud* PEREIRA, 2015, p. 398).

E não poderia ser diferente, pois se os adotantes realmente querem colocar-se na condição de pais devem zelar pelo melhor desenvolvimento de seu filho tomando todas as decisões para o seu bem. Por fim, destaca-se que a adoção exerce papel de suma importância na sociedade, afinal, é este instituto que garante às crianças e aos adolescentes a possibilidade de serem criados em lares afetuosos e que lhes proporcionem condições de desenvolvimento pleno.

Tal oportunidade pode muito bem nascer de um lar composto por dois pais ou duas mães; há, porém, grande resistência social para a aceitação de tal arranjo familiar. Destarte, no próximo capítulo serão expostos elementos para a melhor compreensão da família homoafetiva.

3. ADOÇÃO HOMOAFETIVA

Ante o exposto, é inegável que a família homoafetiva é uma realidade social e merece a proteção do Estado, bem como o objetivo principal da adoção modificou-se para primar pelo melhor interesse das crianças e adolescente. Estabelecidos os pilares doutrinários do presente trabalho discute-se, agora, o estudo ora proposto: a adoção por casais homoafetivos.

No presente capítulo será discutida a homossexualidade³ enquanto orientação ou condição sexual e sua trajetória para ser reconhecida como comportamento humano, bem como a especial proteção constitucional conferida a família brasileira sem a determinação de qualquer modelo previamente imposto, possibilitando assim a proteção da família homoafetiva. Será, ainda, analisada a possibilidade jurídica de adoção por casais homoafetivos pautando-se no princípio do melhor interesse da criança, trazendo para melhor compreensão e abordagem do tema jurisprudências nacionais e internacionais. Por fim, far-se-á uma análise por amostragem de casos de adoção homoafetiva julgados pelo poder judiciário de catarinense.

3.1 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

É importante abordar, mesmo que de forma sumária, a homossexualidade em si, afinal, antes de 1973, quando a Associação Americana de Psiquiatria (APA) a retirou da lista de distúrbios mentais, a sexualidade humana diversa dos padrões heterossexuais era encarada como uma patologia (DIAS, 2011, p. 44/ 45).

Em 1985, com a alteração da classificação do “homossexualismo”, pela Organização Mundial de Saúde, de “doença mental” para “sintomas decorrentes de circunstâncias psicossociais” é que foi possível modificar o sufixo “ismo”- cujo significado remete à doença – para “dade”, símbolo usado para expressar um modo de ser ou agir (TALAVERA, 2004, p. 47).

³ A Identidade de Gênero é uma das questões que tangenciam a sexualidade humana, sendo aquele referente à identificação social de uma pessoa, a qual pode oscilar entre o masculino e o feminino, e este à atração afetiva e sexual por algum (ns) gênero (s). “Uma dimensão não depende da outra, não há uma norma de orientação sexual em função do gênero das pessoas, assim, nem todo homem e mulher é “naturalmente” heterossexual.” Na mesma medida, não se pode presumir que todos nasçam cisgênero (JESUS, 2012, p. 12).

Já durante a década 90, Costa propôs a mudança do termo homossexualismo para homoerotismo, visando afastar as visões preconceituosas do século XIX e por acreditar que este último abarca “[...] desejos e relações públicas, privadas e sociais.” (*apud* SANTOS, 2008, p. 26).

Assim, consoante Izaac Azevedo dos Santos:

O uso dos termos homossexualismo e homossexualidade não são adequados para denominar uma série de experiências e identidades tão múltiplas. Logo, o uso homoerotismo seria mais indicado, pois corresponde às características baseadas na noção de desejo e não de sexo e objetiva afastar o senso comum das idéias [sic] equivocadas atribuídas à palavra homossexual. Em síntese, a noção de homoerotismo exclui a possibilidade de se pensar o homoerótico como desviante, anormal, doente ou pervertido e que ele tenha uma biologia diferente do heterossexual. (2008, p. 27)

Ainda com o autor, vê-se que supracitada expressão mantém um cunho preconceituoso por erotizar uma relação de afeto e fazer alusão às suas práticas sexuais. Assim, mais recentemente, surge o termo homoafetividade, o qual “[...] realça, semanticamente, o aspecto relevante dos relacionamentos que não é de ordem, tão somente, sexual, e sim da afetividade, e o afeto independe do sexo do par.” (SANTOS, 2008, p. 27).

Para o presente trabalho serão utilizados os termos *homossexualidade* e *homoafetividade* como sinônimos; é importante, porém, esclarece-los para uma melhor compreensão da sexualidade do ser humano como algo inerente a ele, não podendo ser tratado como doença, afinal, não é um comportamento que precise ser retificado ou curado, mas sim compreendido como “[...] parte da personalidade do indivíduo, [que] cresce e se desenvolve com ele, sendo ou não assumida ou expressa abertamente.” (2000, p. 54/ 55).

3.1.1 Homossexualidade

A discussão sobre a sexualidade humana não atingiu um consenso, ainda mais no que tange a homossexualidade, pois sua origem ainda resta incerta, se é que existe. Freud atribuía a “inversão sexual” a experiências infantis eróticas, possivelmente protagonizadas pela mãe e seu filho, provocada pelo carinho excessivo da genitora e um subsequente afastamento do pai da vida da criança. Mesmo tomando por base o fracasso de um complexo de Édipo e sucessivo afastamento da figura masculina para desencadear o comportamento homossexual nem mesmo o pai da psicanálise enxerga tal prática como uma perversão ou enfermidade (DIAS, 2011, p. 45).

Outras correntes da psicanálise seguem os ensinamentos do supracitado autor, entretanto assumir que exista uma erotização da relação mãe e filho é, devéras, estranha, uma vez que, há outras doutrinas que excluem como fator necessário para o desenvolvimento infantil a presença de pais com sexos distintos, sendo fundamental apenas o afeto entre estes e os filhos (BOWLBY, 1907).

Por sua vez, a medicina almejava a retificação da conduta do homossexual, colocando-o em contraposição a um indivíduo “saudável”, o heterossexual. A tríplice sexualidade, moralidade e saúde pública fazia parte do discurso médico para evitar a proliferação da “doença” (RIOS, 2002, p. 105/ 107).

É inegável que Freud influenciou a medicina no que tange a desqualificação do comportamento homossexual como patologia, tanto que, hodiernamente, a abordagem médica e psicológica não simpatizam com a ideia de inferioridade ou degeneração do homossexual (Id., 2002, p. 113).

A única conclusão que se pode chegar é que:

As causas da homossexualidade são complexas. Os estudiosos acreditam que a homossexualidade não é uma opção, assim como também a heterossexualidade não é uma escolha. As pessoas se descobrem diferentes por volta da pré-puberdade, quando ainda não sabem o que é “homossexualidade”. [...]. As pessoas percebem sua atração por pessoas do mesmo sexo. Acredita-se que fora a orientação sexual, são tão normais e tão diferentes individualmente como os heterossexuais (VARELLA., 2000, p. 15).

Durante boa parte da história, buscou-se rechaçar o comportamento homossexual, exclusão essa que não coaduna com a sociedade aberta e plural que se tem hoje em dia, porquanto independente “da origem ser genética ou comportamental, ou ainda originária de uma simples opção pessoal, não se pode deixar de reconhecer e respeitar a existência deste tipo de relacionamento no seio social, e, portanto, analisar os seus reflexos jurídicos (NAHAS, 2010, p. 115).

A sexualidade, hoje em dia, integra a esfera pessoal de cada indivíduo e tem respaldo direto do artigo 5º, inciso X, do texto constitucional⁴, “que trata da inviolabilidade da intimidade e da privacidade da pessoa humana, não pode, jamais, ser objeto de discriminação, de preconceito e, com mais fulgor, de restrição de direitos.” (TALAVERA, 2004, p. 53).

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Outros princípios como o da igualdade, liberdade, intimidade, descendentes direitos da dignidade da pessoa humana, e a restrição de qualquer “discriminação impõem limites bastantes demarcados no que tange à impossibilidade de tratar de modo diverso as pessoas, com base em sua orientação sexual, opção individual que integra a esfera do lícito, e que, merece, por todas estas razões, proteção jurídica concreta e eficaz.” (Maria Celina Bodin de Moraes *apud* MATOS, 2004, p. 149).

Destarte, é inadmissível fechar os olhos para as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo. As famílias que tem a figura do pai e da mãe orbitando um casal homoafetivo também devem ser respeitadas e amparadas social e juridicamente como a família convencional heteroafetiva.

3.1.2 A Família Homoafetiva

O artigo 226 da Constituição confere a família especial proteção estatal sem limitá-la, ou seja, é uma cláusula geral inclusiva que não fecha os olhos para outras configurações familiares que também preenchem os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade. Os núcleos familiares originam-se do *afeto* das relações interpessoais entre seus membros e merecem tutela legal (DIAS, 2011, p. 197).

No entanto, há alguns anos, as relações homoafetivas eram encaradas como se fossem sociedades de fato, ou seja, sua competência pertencia ao direito das obrigações. Não obstante a sociedade ser formada por sua grande maioria de heterossexuais é preciso reconhecer que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo devem ser tratados no âmbito do direito de família, tendo em vista o afeto que permeia a vida dessas pessoas (WELTER, 2008, p. 70).

Tratar a questão no campo do direito das obrigações é uma ofensa e uma forma de discriminação, já que, ao contrário do que ocorreu no momento da edição da Súmula 380 do STF⁵, não há vedação constitucional expressa para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. Na realidade, a não aceitação no âmbito constitucional familiar das uniões homossexuais se revela mais uma forma de discriminação (NAHAS, 2010, p. 118/119).

Orlando Gomes acredita ser pressuposto para o casamento a diversidade entre os sexos do casal, chegando a repudiar as relações homoafetivas. Segundo o autor “A exigência da diversidade de sexo constitui, entretanto uma condição natural, tendo-se em vista a

⁵ Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar da hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia.” (*apud* TALAVERA, 2004, p. 35/ 36).

A doutrinadora Maria Helena Diniz, na mesma linha de pensamento, crê que a união estável tem como pressuposto indispensável, juntamente com a ausência de matrimônio civil válido ou impedimento matrimonial, afeição recíproca notória, honorabilidade, fidelidade e coabitação, à diversidade dos sexos, “pois entre pessoas do mesmo sexo haverá tão-somente uma sociedade de fato [...]” (2009, p. 375).

Há quem diga, ainda que as pessoas homossexuais não tenham capacidade emocional estável para constituir uma família nos mesmos parâmetros de um casal heterossexual. De outra mão, sabe-se que aqueles casais também estão ligados pelo mesmo vínculo de amor e afeto que os ditos relacionamentos convencionais, sendo descabida e equivocada tal análise (MATOS, 2004, p. 59).

O reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homossexuais vem alicerçado na Constituição Federal, que estabelece entre os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade livre e solidária erradicando a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, com fundamento no princípio da prevalência dos direitos humanos (GUIMARÃES, 2003, p. 150).

Toda pessoa pode exercer livremente sua individualidade segundo seus desejos, afinal, “a sexualidade está dentro do campo da subjetividade uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana.”, portanto há de se conhecer a legitimidade da união homoafetiva (Id., 2004, p. 148).

O escopo da família não é mais o mesmo, a entidade que uma vez serviu para perpetuar um culto doméstico ou fortalecer a sociedade como um todo agora almeja a felicidade de seus membros, conferindo a eles o suporte emocional necessário para o desenvolvimento pleno e o fortalecimento do afeto. Mesmo assim é “Difícil encontrar uma definição de família de forma a dimensionar o que, no contexto social dos dias de hoje, se insere nesse conceito.” (Teresa Wambier *apud* DIAS, 2011, p. 42).

Aliás, nunca foi de interesse do legislador rotular a família, o que ocorria era apenas a sua identificação através do matrimônio, situação esta que não prospera mais no ordenamento atual.

Esta omissão excluía do âmbito jurídico todo e qualquer vínculo de origem afetiva que leva à comunhão de vidas e embaralhamento de patrimônios. O resultado sempre foi desastroso, pois levou a justiça a condenar à invisibilidade e negar direito a quem vivia aos pares, mas sem chancela estatal. Agora – e pela vez primeira – a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo. A **Lei Maria da Penha** (L 11.320/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família qualquer relação de afeto (LMP 5º, III). Com isso, não se pode mais limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou seu conceito (DIAS, 2011, p. 43).

Apesar da dilatação do entendimento de família conferido pela Lei Maria da Penha há ainda direitos básicos que são negados aos homossexuais mesmo não existindo qualquer imposição legislativa negativa para tanto. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

[...] é no âmbito do Judiciário que, batizadas com o nome de uniões **homoafetivas**, as uniões de pessoas do mesmo sexo começam a encontrar reconhecimento. Com isso as barreiras do preconceito vêm, aos poucos, arrefecendo e cedendo lugar a que os vínculos afetivos sejam compreendidos sem que se interroge a identidade dos parceiros. Vencer o preconceito é uma luta árdua, que vem sendo travada diuturnamente, e que, aos poucos, de batalha em batalha, tem se mostrado exitosa numa guerra desumana (2011, p. 197).

Mesmo com a abertura do conceito de família, grande é a resistência social no que tange o reconhecimento da família homoafetiva, sendo esta legitimada apenas em 2011, quando o Superior Tribunal Federal julgou as ações diretas de inconstitucionalidade (ADPF nº 132/RJ e a ADI nº 4.277) para harmonizar a interpretação do art. 1.723, do Código Civil, com o texto constitucional. Até então este modelo familiar restava a mingua da sociedade tendo uma parcela de seus direitos civis negados mesmo sem a oposição expressa do ordenamento pátrio.

O supracitado artigo traz a ideia de que a união estável se dá apenas entre homens e mulheres, estando em claro descompasso com o liame subjetivo da carta constitucional em vigor, afinal, como entende Álvaro Villaça Azevedo, o artigo 226 da carta magna não é interpretado exaustivamente, o que possibilita a inserção da família homoafetiva como categoria autônoma (2014, p. 92).

Além disso, o Ministro Relator Ayres Britto começa a suscitar seu voto a favor da união homoafetiva discorrendo sobre as técnicas de interpretação consoante a Constituição, as quais operam como método especial de controle de constitucionalidade e visam à estabilidade da vida coletiva e integração das minorias com o todo (BRASIL, 2011, p. 18).

Nessa dinâmica, o preâmbulo da constituição traz ideias fraternais que vão ao encontro da integração comunitária, viabilizada através de políticas públicas afirmativas de igualdade civil-moral de todos os estratos sociais, como por exemplo, as mulheres, os negros, os portadores de qualquer deficiência física ou mental “[...] e daqueles que, mais

recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. (BRASIL, 2011, p. 25).

Esclarece, ainda, que a carta magna veda qualquer tipo de preconceito em razão do sexo e não vincula o efetivo uso da sexualidade a nada, porquanto o mesmo faz parte da autonomia de vontade, sendo ele, inclusive um direito fundamental exercido através dos direitos à intimidade e privacidade. (Id., 2011, p. 32)

Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. (Id., p. 28)

Crítica, ainda, o Relator que o cerne da questão reflete diretamente o fato de as pessoas se incomodarem com a sexualidade alheia, quando essa não corresponde aos padrões sociais heteroafetivos. “É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração” (Id., 2011, p.19/20).

Explana também que o núcleo familiar deve ser submergido por uma atmosfera de afetividade, aconchego, e felicidade, uma vez que é ele o principal âmbito de concentração dos direitos fundamentais da intimidade e vida privada, configurando verdadeiro porto seguro para os seus integrantes. (Id., 2011, p. 22).

Já sobre a família, explica:

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois – é Platão quem o diz – **“quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia”**. É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que **“O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante”** (Id., 2011, p. 23).

Passa-se para a análise do artigo 226 da Constituição Federal, mais especificamente o seu *caput*, por ser ele a parte mais importante, uma vez que faz alusão direta à família – compreendida aqui como sendo, simultaneamente, um fato cultural e espiritual –, tendo esta inclusive especial proteção estatal. (BRASIL, 2011, p. 37)

Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros,

constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria amplificada”)** (Id, 2011, p. 39).

O Ministro destaca, ainda, o tratamento isonômico conferido pela constituição às famílias independente do seu arranjo ou se são constituídas apenas no plano fático ou se estão regularmente formalizadas:

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser** (Id., 2011, p. 41).

Finalizou o relator declarando a inconstitucionalidade do artigo em comento e afastando qualquer interpretação que funcionasse como barreira para o reconhecimento da união “[...] entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida então como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (Id., 2011, p. 32).

O desfecho desse julgamento não poderia ser diferente, afinal, vital é a interpretação que confira maior amplitude e eficácia as normas constitucionais. “A aplicação imediata dos princípios constitucionais às relações privadas, com base na técnica da interpretação, foi a opção do STF para fundamentar as ações [já citadas]” (ALBUQUERQUE, 2013, p. 55).

Os princípios formadores da constituição, sejam explícitos ou implícitos, são verdadeiros instrumentos vivos e como tais devem ter seus conceitos construídos e reconstruídos de acordo com o momento histórico em que se vive, pois, segundo Bobbio, os direitos do homem são “nascidos de modo gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas” (*apud* FACHIN, 2013, p. 60).

Assim, a interpretação preconceituosa do artigo 1.723, do Código Civil, foi superada e a união entre parceiros homoafetivos passou a ser reconhecida pelo ordenamento, tendo como consequência direta a dilatação da tutela estatal conferida às famílias heteronormativa para que a mesma abarcasse também o núcleo familiar homoafetivo.

A importante decisão do Supremo Tribunal Federal representou um grande salto em direção ao reconhecimento das uniões homoafetivas, que assim como as heteroafetivas,

são passíveis de conversão ao casamento, não sendo a existência da união estável obrigatória para que ocorra a conversão. Nas palavras de Carolina Valença Ferra e Glauber Salomão Leite “O casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade inerente à família brasileira contemporânea. Sua realização vem ao encontro da chamada *justiça social* e pretende garantir a todos a efetivação de seus direitos, sem qualquer distinção.” (2013, p. 207).

Recentemente, ainda, a Ministra Carmem Lúcia negou recurso do Ministério Público do Paraná que queria limitar a idade do adotado para 12 anos no presente caso de adoção por casal homoafetivo de idade avançada. Na decisão, a Ministra fez referência ao paradigmático acórdão supracitado. Destaca-se ainda o posicionamento da relatora:

Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (BRASIL, 2015).

Hialino, então, é o tratamento dado às famílias homoafetivas pela jurisprudência do STF, a qual, desde 2011, vem modificando-se para melhor atender as necessidades sociais e transformações da população brasileira, agregando a esta, cada vez mais, tolerância e respeito para com as minorias.

3.2 LOVE WINS⁶: A DECISÃO DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA A FAVOR DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Passa-se a analisar a legitimação da união e do casamento entre pessoas do mesmo sexo por um viés internacional. Para tanto, traz-se a recente decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a qual autorizou a união homoafetiva em todo o território estadunidense.

O *Common Law* norte americano é baseado em um sistema de precedentes, cujas fontes são os costumes e a jurisprudência, enquanto que a competência é baseada em um federalismo dual, ou seja, há concorrerem o governo federal e estadual, cada um contando com

⁶ O Amor vence

sua própria organização hierárquica, do menor por maior: primeira instância, cortes de apelação e Suprema Corte (FRAGA, 2012; MARTINS, Março, 2010).

Para um caso ser apreciado pela *Supreme Court*, o interessado deve formular um *writ of certiorari* e aguardar seu deferimento. Quatro juízes devem manifestar-se favoravelmente ao pedido (*rule of four*). De cerca de sete mil pedidos anuais, menos de cem são julgados. Sendo o pedido deferido, as partes são intimadas para a elaboração de razões escritas (*briefs*), havendo em seguida debates orais e, por fim, a decisão dos membros do tribunal (Id., Março, 2010).

Recentemente a suprema corte ocupou-se de julgar os casos oriundos dos Estados de Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee, onde o casamento homoafetivo não é reconhecido, mesmo que tenha sido celebrado em Estado que o admita. O pedido teve fulcro na 14ª emenda constitucional, a qual garante que os requerentes tenham o matrimônio reconhecido. É de grande relevância para a presente monografia a análise do referido acórdão, então as informações nele contidas serão extraídas e traduzidas em sequência de forma livre.

Iniciou-se a decisão com os Estados resguardando seu direito de revista caso necessário; limitado, porém, a dois questionamentos: Onde a 14ª emenda prevê a união entre pessoas do mesmo sexo e se o Estado estava obrigado, por força do mesmo instituto constitucional, a recepcionar as uniões feitas em outro ente federado que a garanta (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 3).

Destaca o relator que os casos apreciados envolvem pessoas diferentes cujo objetivo não é o de “denegrir o casamento, mas sim viverem suas vidas, ou honrar a memória de seus cônjuges em matrimônio.”⁷ A instituição, que outrora servia para a manutenção das relações de poder entre famílias e era conduzida pela autoridade marital, sofre constantes transformações em direção à formação de uma estrutura familiar cada vez mais forte e pautada em igualdade (Id., 2015, p. 6/7).

A comunidade LGBT teve durante anos que lidar com preconceitos e ser rechaçada da sociedade sem ao menos sequer usufruir de direitos básicos, ou melhor, foram privados de sua própria dignidade.

O que restava nos corações dos casais homoafetivos permaneceu em silêncio. Mesmo após a Segunda Guerra Mundial, quando o ser humano passou a conscientizar-se e querer integrar esse segmento social ao resto da comunidade, o argumento de que gays e lésbicas tinham uma reivindicação apenas à dignidade

⁷ The cases now before the Court involve other petitioners as well, each with their own experiences. Their stories reveal that they seek not to denigrate marriage but rather to live their lives, or honor their spouses' memory, joined by its bond.

estava em conflito tanto com a lei e as convenções sociais generalizadas⁸ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 7).

Gradualmente, os homossexuais conquistaram seus direitos em solo americano e não tardou para que a questão do casamento homoafetivo fosse discutida. Em 2003, a Corte Suprema de Massachusetts estabeleceu na constituição estadual que os casais do mesmo sexo poderiam casar-se, o que acarretou em uma onda de conversão entre alguns dos estados americanos. “Após anos de litigância, legislação, referendos e discussão sobre esses atos públicos, os Estados restaram divididos quanto à questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.”⁹ (Id., 2015, p. 9/10).

A 14ª Emenda Constitucional Americana inibe qualquer Estado de privar as pessoas de sua vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal, sendo estendidas estas prerrogativas a certas escolhas íntimas que definem a identidade e as crenças do cidadão (Id., 2015, p. 10).

Nem sempre se pode observar a natureza injusta das coisas em nosso tempo. As gerações que escreveram e retificaram a Constituição e a 14ª Emenda não presumiram a extensão do conceito de liberdade, deixando, assim, que as gerações futuras preenchessem as lacunas à medida que protegessem os direitos das pessoas enquanto elas aproveitam e redescobrem a sua liberdade¹⁰ (Id., 2015, p. 11).

Esta análise corrobora para o entendimento de que casais de pessoas do mesmo sexo podem exercer seu direito de se casar. “Os quatro princípios e tradições a serem discutidos demonstram que as razões para o casamento homoafetivo esta prevista constitucionalmente.”¹¹ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 12).

O primeiro fundamento da Corte para legitimar a união homoafetiva é que o casamento consta dentro da esfera subjetiva de cada um, sendo, então, uma escolha. Haveria contrassenso se este direito fosse negado enquanto que outros intrínsecos a vida familiar fosse autorizado (Id., 2015, p. 12).

⁸ A truthful declaration by same-sex couples of what was in their hearts had to remain unspoken. Even when a greater awareness of the humanity and integrity of homosexual persons came in the period after World War II, the argument that gays and lesbians had a just claim to dignity was in conflict with both law and widespread social

⁹ After years of litigation, legislation, referenda, and the discussions that attended these public acts, the States are now divided on the issue of same-sex marriage

¹⁰ The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning.

¹¹ The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples

O segundo princípio consta na jurisprudência da Corte e considera o casamento um direito fundamental na medida em que sustenta um relacionamento conferindo ao mesmo um maior grau de comprometimento entre os cônjuges.

O matrimônio é a união sagrada íntima e duradoura, onde os conjuges se mantem, nos bons e maus momentos. É uma assosiação que promove uma maneira de viver, não uma consequencia da vida; uma harmonia na convivência, não crenças políticas; é lealdade mútua, não projetos comerciais ou econômicos. No entanto, é uma associação com propósito tão nobre como qualquer outra envolvida em nossas decisões posteriores¹² (Id., 2015, p. 14).

A terceira prerrogativa para a proteção do casamento é salvaguardar as crianças para que tenham educação e direito a um lar estável. “Ter o relacionamento reconhecido e amparado legalmente faz com que os pais transmitam a seus filhos o entendimento do que é uma família íntegra e o seu papel na comunidade em que vivem”¹³ (Id., p. 15).

Nas palavras do Ministro da Suprema Corte Norte-americana, “[...] muitos casais homoafetivos provem amor e lares acolhedores para seus filhos, sendo eles biológicos ou adotivos. E centenas de milhares de crianças estão sendo criadas por esses casais.”¹⁴ (Id., 2015, p. 15).

Por último, é de conhecimento geral que a família é fundamental para a estruturação da sociedade e do progresso. Portanto, é evidente que não há qualquer diferença entre um casal homoafetivo e um heteroafetivo, devendo ser conferido a ambos os mesmo direitos.

Com supedâneo nestes quatro pontos, a Corte manifestou-se em permitir que pessoas do mesmo sexo exerçam seu direito fundamental ao matrimônio, não sendo esta liberdade negada a eles mais um segundo. As leis contestadas pelos requerentes, a partir deste ato, estão inválidas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015, p. 23).

Por fim, destaca-se do acórdão da Corte de Recursos Norte-Americana:

Não há união mais profunda que o casamento, pois engloba os mais altos ideais de amor, fidelidade, devoção, sacrifício e família. Com o matrimônio, duas pessoas tornam-se algo muito maior do que eram. Como muitos dos requerentes

¹² Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions.

¹³ By giving recognition and legal structure to their parents’ relationship, marriage allows children ‘to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives

¹⁴ As all parties agree, many same-sex couples provide loving and nurturing homes to their children, whether biological or adopted. And hundreds of thousands of children are presently being raised by such couples. See Brief for Gary J. Gates as Amicus Curiae 4. Most States.

demonstraram, o amor é algo que transcende até mesmo a morte. Seria incoerente achar que estes homens e mulheres de alguma forma desrespeitam o casamento. O ponto é: eles respeitam tanto a instituição que a desejam profundamente para si. Sua esperança é não ser condenado a viver em solidão, excluídos de uma das instituições mais antigas da história. Eles pedem por dignidade perante a lei. A Constituição lhes garante isso. O julgamento da Corte de Apelações para o Sexto Circuito é revertido¹⁵ (Id., 2015, p. 28).

Finalmente a união civil homoafetiva foi regulamentada pela lei estadunidense e os casais de pessoas do mesmo sexo puderam exercer o direito que há tanto tempo lhes era negado. Destaca-se que, assim como no Brasil, a permissão do matrimônio e o reconhecimento deste arranjo familiar foram tardios; de suma importância, todavia, em matéria de respeito e reivindicação aos direitos LGBT.

3.3 A ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

O princípio do melhor interesse da criança está discriminado no texto da Constituição Cidadã no dispositivo 227 e trata principalmente de sua dignidade, constituindo verdadeira *bill of rights*, segundo Lôbo, pelo que dispõe. À criança e ao adolescente são garantidos

‘com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária’, além de coloca-la ‘a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão’. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas (2011, p. 61).

O espírito do legislador primou pela integração da criança e do adolescente na família do adotante, igualando, inclusive, ele em direitos e deveres aos filhos biológicos, não existindo mais qualquer distinção entre ambos. “A influência da Constituição de 1988 é marcante, repetindo, mesmo, o art. 20 do ECA, cada palavra do art. 227 §6º da Lei Maior.” (GRANATO, 2010, p. 71).

¹⁵No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization’s oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right. The judgment of the Court of Appeals for the Sixth Circuit is reversed.

Tendo este norte, é hialina a preferência pelas melhores condições de desenvolvimento possíveis para a criança ou adolescente, sendo aceito pelo ordenamento, inclusive, que as mesmas sejam inseridas no seio de uma família homoafetiva.

Sustentou-se durante muito tempo que as relações sexuais humanas deveriam ser apenas entre homem e mulher, acreditando, inclusive, que não haveria possibilidade “de educação de um filho dentro de um ambiente familiar homossexual. Traria prejuízos para a criança ou, pelo menos, atenderia em menor potencial a seus interesses.” (MATOS, 2004, p. 58).

Doutrinadores como Wilson Donizeti Liberati manifestam-se contrariamente a adoção homoafetiva ao descrever o arranjo familiar com casais do mesmo sexo como “impeditivo absoluto e insanável”, não sendo “possível, pelo menos nos dias de hoje, aceitar como família dois homossexuais.” (*apud* GRANATO, 2010, p.152).

Frente a isso, encontra-se amparo constitucional, doutrinário e jurisprudencial para afirmar que a adoção por casais homossexuais é perfeitamente aceitável pelo ordenamento, podendo eles, da mesma forma que um casal heterossexual, atender aos interesses da criança ou adolescente que pretendem adotar. Esclarece José Luiz Mônaco da Silva:

A nosso ver o homossexual tem o direito de adotar um menor, salvo se não preencher os requisitos estabelecidos em lei. Aliás, se um homossexual não pudesse adotar uma criança ou adolescente, o princípio da igualdade perante a lei estaria abertamente violado. E mais: apesar da omissão legal, o ECA não veda, implícita ou explicitamente a adoção por homossexuais. O que importa, no substancial, é a idoneidade moral do candidato e a sua capacitação para assumir os encargos decorrentes de uma paternidade (ou maternidade) adotiva (*apud* FIGUEIRÊDO, 2004, p. 90).

Coaduna, com esse entendimento, Edenilza Gobbo, porquanto não há restrição no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à sexualidade do adotante sendo, então, a adoção justa. “Não se pode negar, principalmente àqueles que são órfãos, o direito de fazer parte de uma família, de receber proteção e amor, e esses atributos são inerentes a qualquer ser humano, seja ele hétero ou homossexual.” (*apud* FIGUEIRÊDO, 2004, p. 92).

Tal possibilidade, inclusive, é amparada por diversos autores da psicologia. Bowlby, por exemplo, desenvolveu sua pesquisa com base em análises de crianças de quinze até trinta meses de idade, separadas de suas mães, as quais nunca mantiveram distância por um lapso temporal razoável. Após a interrupção do convívio com a genitora a criança busca de todas as formas reavê-la, até que, após o processo de luto, passa a aceitar o carinho das enfermeiras, mostra interesse pelos brinquedos e o mundo a sua volta, mas quando retoma o

contato com a genitora o infante não demonstra o carinho que se espera de uma criança para com sua mãe (BOWLBY, 1907).

Esse desinteresse é explicado facilmente se analisada a trajetória que a criança fora submetida. As sucessíveis trocas de figuras maternas geraram no infante um desapego tremendo a ponto do mesmo não despendar mais afeição ou confiança em alguém. A criança passa a ser egocêntrica, restringindo o seu interesse por coisas materiais, apesar de razoavelmente sociável. Em outras palavras “ele simplesmente deixou de importar-se com toda e qualquer pessoa” (Id., 1907, p. 32).

Destarte, tal estudo mostra a importância que faz o carinho e o apego na formação dos seres humanos que contam com tão tenra idade, afinal, são essas experiências que afetarão a sua interação com o mundo. Importante destacar que o autor faz a ressalva que o termo *mãe* empregado no seu livro refere-se “à pessoa que cuida da criança e a quem esta se apega”, pouco importando o sexo e a sexualidade do cuidador (Id., 1907, p. 33).

Sendo assim, as figuras de apego – principal e subsidiárias – escolhidas pela criança dependem de quem cuida delas e a composição familiar em que vivem. Nessas pessoas que as crianças encontram refúgio quando estão cansadas, doentes, com fome, nervosas, etc. Com base em seu estudo esclarece o autor:

(...) embora seja usual a mãe natural de uma criança ser a sua principal figura de apego, o papel pode ser efetivamente assumido por outras pessoas. As provas de que se dispõe evidenciam que, desde que uma figura substituta se comporte de um modo maternal em relação ao bebê, este a tratará da mesma maneira que uma outra criança trataria sua mãe natural (Id., 1907, p. 380).

Resumidamente o vínculo entre criança e objeto de apego é fundamental para o desenvolvimento daquela, tendo em vista que um elo afetivo forte cria um indivíduo mais sociável. Assim, FUTINA e MARTINS destacam que:

O emprego desta ótica, do apego e da formação dos laços afetivos baseados na convivência, trouxe a noção de que o ambiente familiar deve ser acolhedor e propenso a favorecer o bem-estar daqueles que nele coexistem. A homoafetividade não é apontada nem pelas teorias jurídicas da paternidade sócio-afetiva, nem pelas teorias psicológicas do apego, como um fator impeditivo para o estabelecimento do afeto com uma criança. O foco do julgamento da adoção volta-se, então, para o ambiente familiar como um todo – não determinado pela sexualidade. Dolto (1998) afirma que no processo de adoção devem ser levadas em conta as afinidades da família com a criança, no sentido de que essa propicie um ambiente adequado para o seu desenvolvimento mental e emocional. Salienta que a família deve servir como referência e proporcionar a felicidade da criança em questão – “como ela mesma tem vontade de ser” (2006, p. 155).

Frente a isso, a colocação de uma criança ou adolescente em um lar que lhe assegure uma interação familiar e social saudável evidencia que a adoção conjunta por casal homossexual “pode igualmente conformar o atendimento dos melhores interesses da criança ou do adolescente, na medida em que sua inserção numa família composta por pessoa(s) homossexual(is) lhes assegura igualmente o acesso a uma gama de outros direitos constitucionalmente a eles garantidos, tanto quando o fazem as famílias de pais heterossexuais.” (GIRARDI, 2005, p. 160).

Assevera Roger Raupp Rios que o nível do debate científico com relação à homossexualidade já não admite vedação de adoção de crianças ou adolescente por homossexuais. “Isto porque, enquanto modalidade de orientação sexual, não reveste de caracteres de doença, morbidez, desvio ou anormalidade em si mesma, não autorizando, portanto, a sustentação de uma “regra geral” impeditiva de adoção” (2001, p. 139).

Afinal, como bem conclui Girardi:

Ao se investigar os requisitos legais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a concessão da adoção de uma criança ou de um adolescente, conclui-se que a adoção por homossexuais solteiros é possibilitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, posto que a lei não faz menção à forma pela qual o adotante exerce sua sexualidade. E a não-concessão da adoção somente por causa da orientação homossexual do adotante revela-se uma discriminação arbitrária porque não contemplada pelo direito da igualdade (2005, p. 160).

Oportuno é trazer para a discussão a narrativa de Alyson Miguel Harrad Reis, autor do livro *Jamily, a Holandesa Negra: uma história de adoção homoafetiva*, onde o mesmo expõe, de maneira comparada a sua própria, a história de como uma menina negra, etíope, que encontrou melhores condições de vida ao ser adotada por um casal holandês homoafetivo.

Alyson, durante três anos de sua vida, viveu em sete abrigos diferentes em situação precária, até que foi adotado por um casal homossexual que lhe propiciou condições de ter uma família e um futuro melhor. Desabafa o autor: “Eu agradeço a meus orixás por ter uma família, porque ninguém merece ter o governo como pai e a prefeitura como mãe. É melhor ter uma família de carne e osso.” (2014, p. 48).

Destarte, é encontrado cada vez mais na jurisprudência brasileira decisões a favor da adoção homoafetiva. O Tribunal de Justiça do Paraná, já em 2010 reconhecia a possibilidade de inscrição de casais homoafetivos no Cadastro de Adoção Nacional:

APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO. CASAL HOMOAFETIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA.

POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. ATRIBUIÇÃO POR ANALOGIA DE NORMATIVIDADE SEMELHANTE À UNIÃO ESTÁVEL PREVISTA NA CF/88 E NO CC/02. HABILITAÇÃO EM CONJUNTO DE CASAL HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE ATENDIDOS AOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DE IDADE E SEXO DO ADOTANDO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO QUE DEVE SER ANALISADO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA NO PROCESSO DE ADOÇÃO, E NÃO NA HABILITAÇÃO DOS PRETENDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.(TJ-PR - AC: 5824999 PR 0582499-9, Relator: Mendonça de Anunciação, Data de Julgamento: 17/03/2010, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 409) (BRASIL, 2010)

E o catarinense, em recente decisão, declarou também a legalidade deste tipo de adoção, devendo salvaguardar o direito da criança e do adolescente diante de qualquer preconceito:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. LEGALIDADE, DESDE QUE CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ECA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. CÔNJUGE QUE, EM UM PRIMEIRO MOMENTO, POSTULOU SOZINHO A SUA INSCRIÇÃO NO CADASTRO CUIDA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ, PORQUE DESDE O PRIMEIRO ESTUDO SOCIAL DECLAROU QUE VIVE EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. CINCO ESTUDOS SOCIAIS QUE AFIRMAM QUE O CASAL TEM CONDIÇÕES DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL DO INFANTE, TENDO O MAIS RECENTE, INCLUSIVE, ASSEGURADO QUE O SEGUNDO CÔNJUGE EXERCE A PARENTALIDADE EM RELAÇÃO AO MENOR, COM LAÇOS DE AFETO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.024925-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Domingos Paludo, j. 28-05-2015). (BRASIL, 2015)

Por todas essas fundamentações jurídicas e jurisprudenciais não se pode mais admitir a negação do direito de paternidade e maternidade aos casais homoafetivos que almejam ter filhos por meio da adoção, bem como não se pode negar proteção estatal a este modelo familiar que também é amparado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

É o bem estar da criança e do adolescente que devem ser levados em consideração ao deferir esse tipo de adoção, afinal, como bem expõe Alyson em sua obra, o fundamental para a criança é ter uma família que a ampare, lhe de carinho e amor.

3.3.1 Adoção por Casais Homoafetivos: Um Breve Estudo de Caso

Neste ponto do trabalho serão trazidas informações coletadas diretamente da Vara da Infância e Juventude do Fórum Eduardo Luz, na cidade de Florianópolis, Santa Catarina,

sobre as adoções por casais homoafetivos como forma de uma melhor analisar como a questão está sendo tratada na prática. Assevera-se que, em virtude do sigilo exigido por este tipo de procedimento, as identidades dos adotantes e adotados serão preservadas durante esta seção.

Os adotantes estavam cadastrados no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo de Santa Catarina (CUIDA), criado em 2005, cujo objetivo é o de cruzar “[...] informações sobre crianças disponíveis para adoção e pessoas interessadas em adotar em todo o Estado. Graças a esta ferramenta – que é constantemente atualizada – o processo de adoção é mais rápido e prático.” A pessoa ou casal que deseja adotar deve dirigir-se ao Fórum da comarca onde reside e entrar em contato com a assistente social, a partir daí serão feitas diversas avaliações e ministrados cursos para que o nome do(s) adotante(s) seja inserido na lista estadual, que é integrada ao cadastro nacional (PORTALADOÇÃO, 2011).

A secretária da Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA) de 2011, Mery Ann Furtado, esclarece que o zelo pelo processo de adoção e a sua rigidez se dão pelo fato de não poderem correr riscos de que a criança seja devolvida e acabe sofrendo novo trauma emocional (PORTALADOÇÃO, 2011).

Nos três casos analisados as famílias biológicas tiveram seu poder familiar destituído e a criança foi reinserida no novo seio familiar de modo que reconhece os requerentes como pais e estes por sua vez almejam tê-lo como filho. Não se auferiu qualquer ranço de preconceito tanto na sentença quanto no estudo social, os quais andaram no sentido contrário, evidenciaram a importância dos laços afetivos para o desenvolvimento do ser humano. Destaca-se, inclusive, o ensinamento de Simone Regina Medeiros da Silva, assistente social forense, extraído da sentença:

Estudos sobre o vínculo e o apego demonstram que esses elementos são fundamentais para o desenvolvimento da criança e para a construção de sua integralidade física, psicológica e moral. É a partir de vinculações positivas e duradouras que a criança poderá se tornar um adulto capaz de estabelecer vínculos saudáveis e investir afetivamente em seus relacionamentos futuros.” Logo, o dano emocional não é fácil de ser medido quando uma criança é afastada das pessoas com as quais teve os primeiros vínculos. Mas, felizmente, a capacidade humana para superar perdas e construir novos vínculos é maior do que imaginamos (II Encontro Catarinense de Preparação para Gravidez, Parto e Vida em Família, Joinville (SC) 6/11/98).

E também o posicionamento de Costella:

O importante na adoção é o encontro de duas necessidades: de um lado, o ser humano que precisa de afeto, de carinho, de ternura para crescer harmoniosamente e de outro lado, pais que querem abrir o coração e seu lar para um filho. Afinal somos

todos um pouco órfãos no mundo contemporâneo, cheio de conflitos, de competição, onde o diálogo, o encontro, a fantasia, o eros e a poesia sumiram. São estas os valores que fazem a verdadeira vida da criança e do adulto (costela, 1991, p. 160, Corregedoria-Geral de Justiça – Comissão Estadual Judiciária da Adoção – CEJA).

Não houve qualquer oposição do Ministério Público nos casos analisados. Maior que o aspecto jurídico, porém, são as particularidades dos casos, as histórias de amor entre pais e filhos que ficam bem evidentes na realização do estudo social, cujas informações passam a discriminar.

Nos autos n. 0057679-26.2012.8.24.0023, os adotantes E.B e E.P.C. manifestaram o desejo de adotar a criança W.C.P. da S., com cinco anos da data da prolação da sentença. O casal estava com a guarda do menino desde outubro de 2012 e com ele mantem uma relação saudável. A família de ambos é bem estruturada e confere muito apoio ao casal, bem como receberam o infante de forma natural e acolhedora.

O zelo com que o casal cuida do menino é admirável, chegando, inclusive, um deles a reduzir sua jornada de trabalho para dedicar-se mais a criança. Eles o mantêm em constante contato com a figura feminina por acreditar que isso ajudará na formação de W.C.P. da S., agora chamado de P.G.B.C. e pretendem contar-lhe sobre o processo de adoção, pois não acreditam que este segredo seja vital para a manutenção dos vínculos afetivos que eles criaram.

Já no processo n. 0014151-05.2013.8.24.0023 o casal G.C.N.B. e S.P.M. detinham a guarda de V.R. há dois anos e com ele também construíram um vínculo afetivo duradouro. O estudo social revela que o menino construiu igual relação com a outra filha adotiva do casal, que tem três anos e meio, está bem integrada na família, mas não tem a sua guarda regulamentada. Ambos os casais inscreveram-se novamente no CUIDA para tentar nova adoção.

No terceiro caso – processo n. 023.12.024425-2 – houve a adoção unilateral de R.F. por V.B.D., o qual estava em união estável à data do processo de adoção; seu companheiro, porém, por motivos de foro íntimo desejou não adotar o menino, e não é por conta disso que o mesmo o negligencia a criança, muito pelo contrário, ele se mostra um pai presente e muito afetuoso para com R.B.D.. Infelizmente, por ser um processo físico não se pode apurar mais dados sobre esta última história.

Destarte, apesar da resistência social que ainda enfrenta a questão, aos olhos da lei não há qualquer óbice para que haja a adoção de crianças ou adolescentes por famílias cujo arranjo seja o homoafetivo.

Muito pelo contrário, a interpretação inclusiva do ordenamento brasileiro, que visa à integração das minorias à sociedade, garante a essas famílias os mesmos direitos que qualquer cidadão brasileiro e vai ao encontro da ideia de que o núcleo familiar homoafetivo é ambiente propício para a criação de um ser humano.

3.3.2 A Diretriz Inclusiva do Ordenamento Brasileiro

Ante todo o exposto, o Direito não poderia furtar-se a regulação de direitos civis inerentes a qualquer cidadão brasileiro, ou melhor, a qualquer pessoa humana, condenando-os a um limbo jurídico sem qualquer estabilidade ou segurança. Infelizmente, é esta a realidade vivida e recai sobre o jurista a responsabilidade de sanar a lacuna deixada pelo legislador, interpretando extensivamente princípios constitucionais para melhor contemplar essas situações.

Tal vazio se deve em muito a pressão de bancadas mais conservadoras que buscam a manutenção do modelo tradicional de família e primam pela aproximação de seus integrantes; ignoram, porém, o fato de que homossexuais também se originam de um lar heteroafetivo que, em alguns casos, rejeitam esses indivíduos por conta da sua sexualidade.

Se um dos objetivos da manutenção do modelo tradicional é a reintegração dos membros da família vê-se a adoção homoafetiva como um catalisador dessa aproximação, porquanto, por exemplo, um casal de dois homens que adota uma criança ou adolescente pode reestabelecer seus vínculos de amor com sua família original para que o filho ou filha tenha em sua avó a figura materna enquanto se desenvolve.

Discutiu-se que a projeção da figura materna e paterna independe do sexo da pessoa escolhida pela criança, podendo ela, inclusive, adotar mais de um indivíduo para tanto. Contudo, tomando um viés mais conservador, a opção discriminada no parágrafo acima parece adequada para aqueles que julgam comprometido o desenvolvimento psicológico de um indivíduo criado em um lar homoafetivo.

Tamanho apego modelo de família tradicional, aliás, parece ultrapassado quando já se tem entendimentos consolidados do Supremo Tribunal Federal a favor tanto da união homoafetiva (2011) quanto da adoção (2015), sendo esse o sentido que a jurisprudência caminha cada vez mais, porquanto é hialino o cerne da relação homoafetivo: o amor.

Por maior que seja a resistência social, a diretriz inclusiva do ordenamento confere amparo estatal e constitucional ao modelo de família homoafetiva, já que é uma

relação de afeto entre duas pessoas que almejam materializar este sentimento através da adoção. Em Florianópolis, por exemplo, a sexualidade do casal adotante não gera qualquer impedimento para tanto, segundo relatos das assistentes sociais do Fórum Eduardo Luz e as amostragens trazidas na seção anterior.

O afeto, o amor e o apego são os elementos que vinculam pais e filhos por toda uma vida, sendo esta junção a verdadeira garantidora dos direitos fundamentais inerentes a criança e ao adolescente. Uma família solidamente estruturada, independente do seu arranjo, propicia aos seus integrantes, e principalmente aos filhos, a felicidade tão aclamada pelo texto constitucional.

CONCLUSÃO

Muito se discute a respeito do “fim da família brasileira” e que a permissão legal para que homens e mulheres homossexuais se casem acabaria por fazer a sociedade ruim, tendo em vista que tal união não tem o condão de gerar filhos biológicos. Primeiramente, destaca-se que a equiparação desses dois arranjos familiares não coloca o modelo de família tradicional em posição superior ou inferior ao que já está, mas sim tão somente confere à família homoafetiva a proteção estatal que a heteroafetiva já dispõe.

O texto constitucional não fixa qualquer padrão para o arranjo familiar, ele tão somente limita-se a declarar a proteção integral à família por ser ela a matriz da sociedade. Destarte, não se vislumbra qualquer interpretação conservadora do que é uma família, e sim se almeja a proteção dos elos afetivos construídos pelas pessoas, independente de sua sexualidade. Os julgados nacionais e internacionais colhidos do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Norte Americana apenas destacam a importância dessas relações e o quanto elas ainda encontram resistência social, dado o quão tardio julgou-se a favor da sua legitimação.

No mais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente não rejeita a possibilidade de um casal homoafetivo adotar, bastando para tanto que preencham os requisitos necessários para figurar como adotantes, já que o que deve ser posto como prioridade é o interesse da criança e do adolescente, os quais, ainda mais após a promulgação da Lei de Adoção, são vistos como sujeitos de direito e merecedores de um lar acolhedor e afetivo.

A abertura jurídica desenvolvida ao longo do trabalho pode ser refutada com a amostragem do caso concreto, o qual possibilitou observar crianças inseridas em famílias homoafetivas solidamente estruturadas e em condições de dar afeto, carinho e amor para elas. Assevera-se que esses mesmos casais estão novamente na fila da adoção com o desejo de atender outros jovens brasileiros que estão sem base familiar alguma.

Gerar filhos, apesar de ser de suma importância para a preservação da espécie humana, não é mais um dos principais objetivos do casamento, que tem como escopo agora a felicidade dos integrantes do núcleo familiar. Assim, a negação da maternidade ou paternidade aos casais homoafetivos que desejam adotar prejudica, além deles mesmos, a criança ou o adolescente que estão à espera de um lar.

Por fim, conclui-se que a adoção homoafetiva encontra cada vez menos barreiras preconceituosas para sua concretização. Em pleno século XXI, sob a égide da Constituição Federal 1988 e diante de tantos elementos jurídicos, sociais e psicológicos, não se pode mais tolerar tratamentos desiguais contra homens, mulher e crianças que só desejam ter uma família e um lar que os aceite, acolha e de carinho.

OBRAS CITADAS

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. O julgamento do STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, C. V. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 2, p. 44-58.

AMIN, André Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. 1, p. 1-10.

_____. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MARCEL, Kátia. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cap. 3, p. 21-38.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 3 out 2015.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A Evolução do Casamento até o Presente. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 15, n. 86, p. 86-98, out/nov 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORDALLO, Gaudino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, K. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Cap. 10, p. 249-347.

BOWLBY, John. **Apego**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, v. 1, 1907.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.583 - Estatuto da Família**, 2013. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=840EFDFA357B1A2898FFBD3F8E6C42CA.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 26 set 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro, **União homoafetiva**. Relator: Ministro AYRES BRITTO, julgado em 05/05/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 13 out 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 846102, **Adoção homoafetiva**. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17/03/2015 PUBLIC 18/03/2015 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+846102%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ppve7b5>>. Acesso em: 20 out 2015.

_____. Presidência da República - Casa Civil. **LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009 - A Nova Lei da Adoção**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 9 set 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2015.024925-1. Adoção união homoafetiva, legalidade. Relator: Des. Domingos Paludo. Primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em 28 de maio de 2015. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>>. Acesso em: 4 de out de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 5824999. Habilitação para adoção união homoafetiva, legalidade. Relator: Des. Mendonça de Anunciação. Décima primeira Câmara de Direito Civil. Julgado em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19500285/apelacao-civel-ac-5824999-pr-0582499-9-tjpr>>. Acesso em: 24 de out de 2015.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União Afetiva Entre Homossexuais e Seus Aspéctos Jurídicos**. São Paulo: LRT, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 4ª. ed. São Paulo: Forense, 1962.

CHAVES, Antônio. **Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena**. 4ª. ed. Campinas: Julex Livros, v. I, 1988.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário: uma abordagem socio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTR, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e o Direito Constitucional à Convivência Familiar. **Maria Berenice Dias**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ado%E7%E3o_e_o_direito_constitucional_%E0_conviv%EAncia_familiar.pdf>. Acesso em: 28 out. 2015.

_____; OPPERMANN, Marta Cauduro. Direito Constitucional ao Afeto. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. **Guia de Adoção no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família**. São Paulo: Roca, 2014. Cap. 35, p. 437-443.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **União Homossexual: o preconceito e a justiça**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à Livre Orientação Sexual e Tutela da Diversidade Sexual Pela Cosntituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 4, p. 75 - 87.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. V, 2009.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimenções de Direitos Fundamental? **Âmbito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 21 set 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Supreme Court**, 2015. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>. Acesso em: 1 outubro 2015.

FACHIN, Marina Girardi. O Direitos Homoafetivo á Luz dos Princípios Cosntitucionais: A Policromia da Fotografia da Família Contemporânea na Moldura Cosntitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. Capítulo 3, p. 59-74.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito de Família**. 6ª. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2014.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Casamento entre pessoas do mesmo sexo: a desconstrução de estigmas e a construção de parâmetros para o desenvolvimento pessoal e a justiça social. In: FERRAZ, Carolina Valença. **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 2, p. 184-209.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

FRAGA, Vitor Galvão. O Sistema do Common Law. **Jus Navegandi**, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22816/o-sistema-do-common-law>>. Acesso em: 7 set 2015.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. 4ª. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

FUTINA, Regina Silva; MARTINS, Simone. Adoção por Homossexuais - uma nova configuração familiar sob os olhares da psicologia e do direito. **Aletheia**, n. 24, p. 149-159, Julho à Dezembro 2006.

Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2011.

GIRARDI, Viviane. **Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção - Doutrina e Prática**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Homossexualidade: Discussões Jurídicas e Psicológicas**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

HELLINGER, Bert. **A Simetria Oculta do Amor**. São Paulo: CULTRIX, 2012.

JESUS, Jaqueline Gomes de. Orientações sobre Identidade de Gênero: Conceitos e Termos. **ResearchGate**, 2015. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/234079919_Orientaes_sobre_Identidade_de_Gnero_Conceitos_e_Termos>. Acesso em: 29 nov. 2015.

KAUSS, Omar Gama Bem. **A Adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

LIMA, Danilo Chaves. Direitos fundamentais e princípios constitucionais: elementos essenciais para a formação de um estado democrático de direito. **Ambito jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30721/direitos-fundamentais-e-principios-constitucionais>>. Acesso em: 15 set 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rouf. **Curso de Direito de Família**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2011.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARTINS, Alberto André Barreto. Organização judiciária dos Estados Unidos da América. **Âmbito Jurídico**, Março, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7430>. Acesso em: 7 set 2015.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1976.

MORENO, Alessandra. Zorzetto. Criado como filho: as cartas de perfilhação e a adoção no império luso-brasileiro (1765-1822). **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 26, p. 463 - 474, Janeiro - Junho 2006. ISSN ISSN.

NAHAS, Luciana Faisca. **União Homossexual: Proteção Constitucional**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **A nova Constituição e o direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Tânia da Silva. Adoção. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015, Cap. 8, p. 371-422.

PORTALADOCADO. Cadastro único facilita processo de adoção em SC. **Portal da Adoção**, 2011. Disponível em: <<http://www.portaladocao.com.br/noticias/cadastro-unico-facilita-processo-de-adocao-em-sc/>>. Acesso em: 14 nov 2015.

REIS, Alyson Miguel Harrad. **Família, a homossexualidade negra: a história de uma adoção homoafetiva**. 1ª. ed. Curitiba: Appris, 2014.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

_____. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SANTOS, Fabiana Augusta Dutra. As Mudanças Trazidas pelo Advento da Lei 12.010/2009 À Adoção no Brasil. **Consteudo Jurídico**, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj030386.pdf>>. Acesso em: 11 set 2015.

SANTOS, Izaac Azevedo dos. Sistema de Biblioteca. **Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, 2008. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0610578_08_Indice.html> Acesso em: 10 novembro 2015.

SECATTO, Samara de Aguiar. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. **O Direito do Adotado à Identidade Biológica**, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/samara_cecatto.pdf>. Acesso em: 10 out 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica da Adoção por Casais Homossexuais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SOUZA, Jaime Luiz Cunha de; BRITO, Daniel Chaves de; BARP, Wilson José. Violência Doméstica: reflexos das ordenações filipinas na cultura das relações conjugais no Brasil. **Teoria & pesquisa: Revista de ciência política**, v. 18, n. 1, p. 61-82, 2009.

TALAVERA, Glauber Moreno. **União Civil Entre Pessoas do Mesmo Sexo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Editora FOrense, 2004.

TAMADA, Marcio Yukio. Princípios e Regras: diferenças. **Ambito Jurídico**, 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11088>. Acesso em: 13 set 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal**. Campinas/ SP: Agá Juris, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., v. VI, 2003.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. Família Homoafetiva: Limites Constitucionais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 69 - 86, Fevereiro e Março 2008.